

# INDICE

*pag.*

## CAPITOLO I

### IL DIRITTO DEBOLE

I.1.	Globalizzazione e debolezza del diritto	1
I.2.	Il diritto (debole) amministrativo delle origini e la prima teorizzazione di ambiti disciplinari differenziati: il diritto civile amministrativo	8
I.3.	Privatizzazione, contaminazione ed ibridazione dei diritti	23
I.4.	La resistenza alla proposta di ambiti disciplinari differenziati	26

## CAPITOLO II

### PROFILI ALTERNATIVI ED EVOLUTIVI DEL DIRITTO DEBOLE

II.1.	La grande dicotomia e i profili alternativi della nuova prospettiva ricostruttiva	31
II.2.	I profili evolutivi rispetto alle teorie antidicotomiche	36
II.3.	I profili evolutivi rispetto alle teorie funzionaliste e afunzionaliste	44

*pag.*

CAPITOLO III  
LE BASI TEORICHE  
DELLA NUOVA PROSPETTIVA

III.1. La riapertura del dialogo tra diritto privato e diritto pubblico: dalla dicotomia alla differenziazione	55
III.2. I criteri ordinatori della nuova prospettiva	65

CAPITOLO IV  
LA SOGGETTIVITÀ

IV.1. Globalizzazione e nuove soggettività	77
IV.2. Le basi comuni nelle prime teorizzazioni dei diritti pubblici soggettivi e il successivo allontanamento	80
IV.3. L'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali nel diritto privato	88
IV.4. La neutralità del paradigma normativo	97
IV.5. L'efficacia dei diritti fondamentali nel nuovo ambito disciplinare	104

CAPITOLO V  
LA FUNZIONALITÀ

V.1. Autonomia negoziale e autonomia funzionale: convivenza ed estraneità	113
V.2. Le nuove immagini dell'autonomia privata	123
V.3. La funzionalizzazione oltre le razionalità classiche	136

## CAPITOLO I

# IL DIRITTO DEBOLE

SOMMARIO: I.1. Globalizzazione e debolezza del diritto. – I.2. Il diritto (debole) amministrativo delle origini e la prima teorizzazione di ambiti disciplinari differenziati: il diritto civile amministrativo. – I.3. Privatizzazione, contaminazione ed ibridazione dei diritti. – I.4. La resistenza alla proposta di ambiti disciplinari differenziati.

### I.1. GLOBALIZZAZIONE E DEBOLEZZA DEL DIRITTO.

Al cospetto della globalizzazione<sup>1</sup>, acquisita ormai co-

---

<sup>1</sup> La letteratura sulla globalizzazione giuridica è sterminata: *ex multis*, TWINING W., *General Jurisprudence – Understanding Law from a Global Perspective*, Cambridge, 2009; HALPIN A.-ROEBEN V. (cur.), *Theorising the Global Legal Order*, Oxford, 2009; FERRARESE M.R., *Prima lezione di diritto globale*, Roma-Bari, 2012; ID., voce *Globalizzazione del diritto*, in *Annali IV dell'Enciclopedia del diritto*, Milano, 2011; ID., *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000; AUBY J-B., *La globalisation, le droit e l'État*, Paris, 2003. Al tema della globalizzazione giuridica è dedicato il volume AMATO C.-PONZANELLI G. (cur.), *Global Law v. Local Law, Problemi della globalizzazione giuridica*, Torino, 2006. Sulle diverse teorie della globalizzazione, v. ROBINSON W.I., *Theories of Globalization*, in RITZER G. (cur.), *The Blackwell Companion to Globalization*, Oxford, 2007, 125 ss. Peraltro, la dottrina non è unanime nel prevedere il declino degli Stati e anzi, per certi

scienza dell'incidenza dei diritti e poteri sovranazionali, è diffusa la consapevolezza delle trasformazioni in atto nel diritto amministrativo<sup>2</sup>.

Trasformazioni derivanti dal superamento delle categorie tradizionali<sup>3</sup>, dal declino del paradigma gerarchico, che da sempre ha caratterizzato i poteri pubblici, e dall'assenza di regole generali in grado di governare l'organizzazione e il funzionamento dei poteri<sup>4</sup>.

---

versi, si sostiene che l'effetto della globalizzazione sia quello del loro rafforzamento (HELD D.-MCGREW A.-GOLDBLATT D.-PERRATON J., *Global Transformations: Politics, Economics, and Culture*, Cambridge, 1999, 14 ss.). Se si ritiene che la dicotomia tra declino e rafforzamento degli Stati non rappresenti adeguatamente il fenomeno in atto, comune e condivisa è invece l'opinione che la globalizzazione comporti una trasformazione della concezione dello Stato: SHAW M., *Theory of the Global State: Globality as an Unfinished Revolution*, Cambridge, 2000; LEIBFRIED S.-ZURN M. (cur.), *Transformations of the State?* Cambridge, 2005.

<sup>2</sup> Sull'influenza della globalizzazione sul diritto amministrativo: BATTINI S., *L'impatto della globalizzazione sulla pubblica amministrazione e sul diritto amministrativo: quattro percorsi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 339 ss.

<sup>3</sup> Ovviamente l'impatto è stato più rilevante sulle categorie del pensiero giuridico europeo continentale, cfr. IRTI N., *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 625. Recentemente GAMBARO A., *Interessi diffusi, interessi collettivi e gli incerti confini tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Riv. trim. dir. civ.*, 2019, 779 ss. ha proposto «di analizzare il tema seguendo un approccio, per così dire, casistico, ossia osservando il fenomeno del farsi e del disfarsi delle categorie giuridiche nella loro concreta storicità, ponendo in rilievo il nesso tra la loro attitudine ordinante del reale e gli interessi concreti cui l'ordinamento dà riconoscimento mediante le regole giuridiche. Il che conduce ad una analisi svolta in riferimento a ciascuna categoria poiché è solo a tale livello che diviene possibile verificare la congruenza tra il valore epistemologico del concetto ordinante ed i valori assiologici ordinati».

<sup>4</sup> Sull'affermazione, peraltro, di principi generali a livello globale, cfr.

In tale contesto, più che constatare passivamente tali trasformazioni sembra opportuno proporre l'idea che, a fronte di tali fenomeni, il diritto amministrativo possa essere o, meglio, tornare ad essere concepito come *diritto debole*<sup>5</sup>, con la consapevolezza che la debolezza non rappresenta abdicazione sul piano scientifico, ma costituisce un percorso<sup>6</sup>, l'assunzione di un atteggiamento, di una prospettiva di indagine non semplice, assai più costosa e meno rassicurante della tradizione scientifica, che rende peraltro possibile l'esplorazione di nuove prospettive ricostruttive nel dialogo con altre discipline<sup>7</sup>.

---

DELLA CANANEA G. (cur.), *I principi dell'azione amministrativa nello spazio giuridico globale*, Napoli, 2007.

<sup>5</sup> La prospettiva qui seguita, inutile dirlo, è radicalmente diversa per oggetto e finalità da quella ben più autorevolmente sostenuta da ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992.

<sup>6</sup> Sul diritto globale come *work in progress*, tendenzialmente incompiuto, soggetto a nuove sfide, FERRARESE M.R., *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma, 2006, 20.

<sup>7</sup> VATTIMO G.-ROVATTI P.A. (cur.), *Il pensiero debole*, Milano, 1983, *passim*. Come ha osservato acutamente GROSSI P., *Per un diritto amministrativo del tempo pos-moderno*, in FERRARA L.-SORACE D., *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, I, Firenze, 2016, XXIV e XXV, il tempo pos-moderno è un «tempo difficile per ogni giurista, ma straordinariamente fertile; particolarmente difficile e fertile per l'odierno amministrativista, che si è visto sfilacciarsi tra le mani le due componenti essenziali della sua corazza protettiva: la sovranità dello Stato nazionale e la legge», in cui «gli arnesi del laboratorio dell'odierno amministrativista devono moltiplicarsi per consentirgli di avere un armamentario idoneo a quanto i tempi richiedono». Secondo TWINING W., *Globalization and Legal Theory*, Oxford, 2000, la globalizzazione del diritto non può essere intesa come tendenza all'uniformazione delle risposte, delle norme; ma prima costituisce una prepotente e accorata uniformità delle domande; la necessità di delineare un nuovo *global legal order*, che costituisce un compromesso pluralistico e multiculturale dettato da una sempre più emi-

Il diritto amministrativo e, prima ancora, il diritto costituzionale, in quanto promanazione diretta della sovranità statale, sono stati i primi ad avvertire gli sconvolgimenti più profondi<sup>8</sup>.

A fronte dei nuovi regimi globali, è quindi prevalente l'idea che la risposta debba essere cercata nel diritto privato, nella sostituzione del contratto alla legge e al provvedimento amministrativo<sup>9</sup>, con esclusione del diritto pubblico, espressione di una razionalità politica ormai sostituita dalla razionalità economica dei mercati globali.

Si propongono allora regimi differenziati del diritto privato e nuove forme differenziate di autonomia privata idonee ad includere il rispetto di *standard* che, peraltro, storicamente trovano radice nel diritto pubblico<sup>10</sup>.

Quasi che il diritto privato e l'autonomia privata siano le forme più idonee ad assorbire ed interpretare la globalizzazione rispetto alla rigidità ed eterodeterminazione del diritto pubblico.

---

nente idea di sovranità diffusa e che costringe il giurista ad abbandonare la prospettiva domestica per aprirsi agli stimoli del pensiero globale.

<sup>8</sup> Sulla crisi del costituzionalismo contemporaneo, GRIMM D., *The achievement of Constitutionalism and Its Prospects in a Changed World*, in DOBNER P.-LOUGHLIN M. (cur.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford, 2010, 3 ss.; LOUGHLIN M., *What Is Constitutionalisation?*, *ivi*, 47 ss.; FRIED C., *Constitutionalism, Privatization, and Globalization*, in *Cardozo L.R.*, 2010, 1091 ss.

<sup>9</sup> GALGANO F., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, 93 ss.

<sup>10</sup> BATTINI S., *I "due grandi dualismi" alla prova del diritto (amministrativo) globale*, in BENACCHIO G.A.-GRAZIADEI M. (cur.), *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*, Atti del IV Congresso nazionale SIRD di Trento, 24-26 settembre 2015, Napoli, 2016, 101 ss., il quale rileva come gli istituti del diritto pubblico e, in particolare, del diritto amministrativo si presentino trasformati sulla scena del diritto globale.

Ma la stessa dogmatica del diritto e dell'autonomia privata mostra i propri limiti<sup>11</sup> e ci si avvede che la razionalità economica e la bilateralità del diritto dei contratti non è sufficiente a riflettere i nuovi fenomeni e ad assicurare tutela effettiva dei diritti individuali<sup>12</sup>.

Del resto, gli stravolgimenti determinati dalla globalizzazione sono stati anticipati dalla privatizzazione del settore pubblico, dalla sostituzione del diritto pubblico con quello privato, della razionalità politica con la razionalità economica.

Già al cospetto della privatizzazione, la dogmatica del diritto pubblico e del diritto privato hanno mostrato i rispettivi limiti, indugiando passivamente sulla constatazione dell'ibridazione tra i due regimi o patrocinando l'affermazione di un diritto comune<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> CASTRONOVO C., *L'eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 2, che segnala l'offuscamento del diritto civile «per la diaspora delle fonti, esterne ed interne perché alcune provenienti da oltre i confini tradizionali dell'ordinamento ma con l'effetto di ridisegnarne i confini. Essa riguarda l'ordinamento nel suo complesso, e non poteva lasciare indenne il diritto civile; anzi, quanto più una struttura è coesa e pretesamente autoreferenziale, come poté concepirsi il diritto civile in certi anche lunghi frammenti della storia, tanto più significativa è la disarticolazione che deriva da una pluralità di fonti irriducibili a una chiara e netta gerarchia».

<sup>12</sup> Cfr. in generale IRTI N., *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, cit.; GRAZIADEI M., *Conclusioni, Diritto privato e diritto pubblico: una profonda trasformazione di senso*, in BENACCHIO G.A.-GRAZIADEI M. (cur.), *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*, cit., 353 ss., in part. 357.

<sup>13</sup> Cfr. PROSSER T., *Law and Regulatory Process*, Oxford, 1997 e SKOURIS W., *Der Einfluß des europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Unterscheidung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht*, in *EuR*, 1998, 111 ss., secondo cui, nel corso della privatizzazione, il diritto privato delle società industrializzate, dovrà compensare, per lo meno in modo

Entrambe tali prospettive sono apparse insoddisfacenti e inadatte a riflettere la complessità dei fenomeni reali.

Gli è che quella del *diritto debole*, nei termini anzidetti, deve essere una prospettiva che riguarda la dottrina del diritto amministrativo quanto quella del diritto privato<sup>14</sup>, con la conseguente rispettiva rinuncia agli stilemi classici dei due settori disciplinari e l'impegno a recuperare il dialogo interrotto da più di un secolo.

Un dialogo che deve riprendere sul terreno – a suo tempo condiviso – del rapporto giuridico, eclissatosi con il positivismo giuridico e divenuto ora prerogativa degli studi sociologici del diritto.

È solo la profonda rivisitazione sulla giuridicità delle relazioni intersoggettive<sup>15</sup> che può costituire la base per la ricostruzione di nuovi ambiti disciplinari differenziati che, rimanendo nell'ambito del diritto, possano accogliere la complessità indotta dai fenomeni di privatizzazione e globalizzazione.

Quando razionalità politica e razionalità economica non possono più costituire criteri ordinatori soddisfacenti a spiegare i nuovi fenomeni e viene quindi meno la forza della

---

parziale, la perdita delle dimensioni democratiche e politiche, ed incorporare, nel suo sistema, elementi di diritto pubblico.

<sup>14</sup> Secondo HABERMAS J., *Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*, 5 ed., Neuwied-Berlin, 1971, né il diritto pubblico, quale processo politico, né il diritto privato, quale processo economico, sono in grado di sviluppare strutture legali adeguate ai diversi settori della società civile.

<sup>15</sup> Alla necessità di ripartire dal rapporto per risalire ai principi sono dedicate pagine fondamentali da HUECK G., *Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht*, München-Berlin, 1958 e, in Italia, da RESCIGNO P., *Il principio di uguaglianza nel diritto privato*, in *Persone e comunità. Saggi di diritto privato*, Padova, 1987, 335 ss.



grande dicotomia tra diritto pubblico e privato<sup>16</sup>, occorre ripartire dalla neutralità del rapporto giuridico, inteso come relazione materiale, e di qui prospettare ambiti disciplinari differenziati in un diritto che è comune solo perché non più rispondente al pubblico e al privato.

Un pensiero scientifico che è debole perché rinuncia alle razionalità forti ed ordinanti del passato<sup>17</sup>, per sperimentare nuove prospettive ricostruttive fondate sulla neutralità e sulla consapevolezza che quei rapporti che un tempo si ritenevano di confine hanno ormai guadagnato il centro dell'indagine.

---

<sup>16</sup> Sulla distinzione tra diritto pubblico e privato come una, forse la principale, «grande dicotomia» della scienza del diritto cfr. BOBBIO N., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Bari, 2007, 122 ss. Nota è l'affermazione «tout le droit se divise en deux parties: droit public et droit privé» CARBONNIER J., *Droit civil*, t. I., *Introduction à l'étude du droit et droit civil*, Paris, 1965. In merito alle vicende storiche e ai significati assunti dalla dicotomia rimane fondamentale il saggio di BULLINGER M., *Öffentliches Recht und Privatrecht: Studien über Sinn und Funktionen der Unterscheidung*, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1968. Sull'attenzione riservata alla dicotomia nelle diverse esperienze giuridiche, cfr. FREELAND M.-AUBY J.-B. (cur.), *The Public Law/Private Law Divide. Une entente assez cordiale?* Oxford, 2006; RUFFERT M. (cur.), *The Public-Private Law Divide: Potential for Transformation?* London, 2009, nonché, più recentemente, IRTI N., *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, cit.

<sup>17</sup> Sulla debolezza come rinuncia al pensiero forte della ragione dominante, cfr. VATTIMO G., *Dialettica, differenza, pensiero debole*, in VATTIMO G.-ROVATTI P.A. (cur.) *Il pensiero debole*, cit., 12 ss. Sull'evoluzione e diffusione della filosofia debole cfr. ZABALA S. (cur.), *Una filosofia debole. Saggi in onore di Gianni Vattimo*, Milano, 2012.

## I.2. IL DIRITTO (DEBOLE) AMMINISTRATIVO DELLE ORIGINI E LA PRIMA TEORIZZAZIONE DI AMBITI DISCIPLINARI DIFFERENZIATI: IL DIRITTO CIVILE AMMINISTRATIVO.

A metà del XIX secolo, il diritto amministrativo era scientificamente un diritto debole, una terra di mezzo ovvero un diritto – com'è stato acutamente rilevato – «equidistante tra pubblico e privato: quasi un diritto civile dello Stato»<sup>18</sup>, la cui

---

<sup>18</sup> MANNORI L.-SORDI B., *Storia del diritto amministrativo*, Bari, 2001, 345 s. In Francia, BATBIE A., *Traité théorique et pratique de Droit public et administratif*, Paris, 1861-1868, 198, poteva affermare, citando Darestes, che «pour bien comprendre le droit administratif, il convient de le rattacher au droit civil comme l'on rattache l'exception à la règle»; mentre FOUCART F., *Éléments de Droit public et administratif ou exposition méthodique des principes du droit positif*, 4 ed., I, Paris, 1855, 11, rintracciava nel diritto di proprietà una delle basi filosofiche del diritto pubblico, il quale «en un mot il protège le droit de propriété». Analoghe considerazioni sugli albori della scienza del diritto amministrativo tedesca in BULLINGER M., *Öffentliches Recht und Privatrecht*, cit., 60 ss., che si collocano nell'ambito di un serrato dialogo con la tradizione civilistica, in particolare è evidente il parallelismo con gli omologhi del diritto civile dei concetti di diritto (pubblico) soggettivo e di potere (JELLINEK G., *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Freiburg i.B., 1892; GERBER C.F., *Über öffentliche Rechte*, Tübingen, 1852, 3 ss., 18 ss., 29 ss., 36 ss., 63 ss., 75 s., 90 s.), ovvero di rapporto di diritto pubblico (LABAND P., *Staatsrecht des Deutschen Reiches*, 5 ed., I, Tübingen, 1911, 447). In questo periodo, si sottolineano le corrispondenze con il diritto privato piuttosto che le differenze, con evidente simpatia per i sistemi di *Common Law*, in cui l'assoggettamento dell'amministrazione al diritto privato è reputata dare risultati altamente soddisfacenti, DE GIOANNIS GIANQUINTO G., *Nuovo diritto amministrativo*, Padova, 1864, 31, fino ad individuare nel diritto privato i «principi vitali» delle teoriche del diritto pubblico, MANNA G., *Partizioni teoretiche del diritto amministrativo ossia introduzione alla scienza ed alle leggi dell'amministrazione pubblica*, Napoli,

specialità si svolgeva unicamente nei confronti del potere giudiziario<sup>19</sup>, assicurando l'autonomia costituzionale del potere amministrativo nella logica della separazione dei poteri<sup>20</sup>.

Durante la lunga parentesi del contenzioso amministrativo e ancora nella prima esperienza della giurisdizione unica, quando il rapporto tra giustizia e amministrazione non aveva ancora assunto caratteri marcatamente conflittuali, potevano quindi svilupparsi soluzioni armoniche tra diritto pubblico e privato, tra contratto e provvedimento<sup>21</sup>.

---

1860, 324. Lo stesso diritto amministrativo era concepito come una parte specializzata rispetto al diritto privato solo sul piano analitico-descrittivo, ma non su quello dei principi MEUCCI L., *Istituzioni di diritto amministrativo*, 3 ed., Torino, 1892, 3 ss., fino ad affermare che la «libertà del potere, che dicesi autorità, non è cosa essenzialmente diversa dalla libertà del privato, che dicesi semplicemente libertà: il concetto giuridico è il medesimo» (70). Secondo SANDULLI A., *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, 2009, 30, il dialogo tra diritto amministrativo e diritto privato era favorito dell'ideale kantiano della coesistenza sociale che animava la dottrina pubblicistica del tempo, come dimostra fulgidamente l'opera di MORTARA L., *Lezioni di diritto amministrativo e scienza d'amministrazione (R. Università di Pisa 1886-1887)*, rist. 2013, Napoli.

<sup>19</sup> Significativa è la definizione contenziosa del diritto amministrativo di CHAUVEAU A., *Principes de compétence et de juridiction administratives*, I, Paris, 1841, 74: «On a souvent répété que le *contentieux* était tout le droit administratif», sulla quale criticamente già PERSICO F., *Principi di diritto amministrativo*, 2 ed., Napoli, 1875, 62.

<sup>20</sup> MANNORI L.-SORDI B., *Storia del diritto amministrativo*, cit., 348.

<sup>21</sup> Sebbene nel senso dell'inclusione dei contratti nell'ambito della categoria dell'atto amministrativo: cfr. ROMAGNOSI G.D., *Principi fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, 3 ed., Prato, 1835, 179, secondo cui la prima classe degli atti amministrativi «è quella dei contratti», che faceva eco alla definizione amplissima di atto amministrativo di MERLIN P-A., *Acte administratif*, in *Répertoire universelle et raisonné de jurisprudence*, 4 ed., I, Paris, 1812, 72.

Tuttavia, si è trascurato di rilevare che il dialogo con il diritto privato si è potuto instaurare sul terreno del rapporto giuridico, che allora costituiva l'unico modello ricostruttivo della neonata scienza del diritto amministrativo.

Il diritto amministrativo nasce, infatti, come diritto dei rapporti tra cittadino e amministrazione, lasciando la disciplina dell'organizzazione e dell'attività amministrativa al tecnicismo della scienza dell'amministrazione<sup>22</sup>.

Il dialogo interdisciplinare ha prodotto risultati rilevanti anche per il diritto privato, poiché proprio la riflessione sul rapporto tra cittadino e Stato ha dimostrato la possibilità di tutela dei «diritti di libertà» per mezzo della categoria generale del diritto soggettivo, ponendo quindi le basi per la moderna discussione sull'efficacia dei diritti fondamentali anche nei rapporti tra privati<sup>23</sup>.

Ed è proprio in questo periodo, nella prospettiva costituita

---

<sup>22</sup> Come avvertiva GERANDO J-M., *Institutes de droit administratif française ou Éléments du Code Administratif réunis et mise en ordre*, Paris, 1829, 8 s., «Toutes les dispositions des lois ou règlements relatifs à l'administration n'appartiennent pas pour cela à un véritable code administratif. Le code ne doit s'emparer que celles qui fondent un droit qui règlent l'exercice d'un droit, dans ce sens que le terme *droit* prend en ces matières, c'est-à-dire de celles qui concernent les obligations mutuelles de l'administration et des administrés. Il ne doit pas comprendre celles qui n'ont pour objet celles parties purement techniques des différents service publics» (enfasi in originale). A tale prospettiva si ispira la dottrina immediatamente successiva nella stessa Francia (Block, M.F. Laferrière e Batbie), in Germania (Pötl e von Stein) e in Italia (Garelli, Meucci e in misura minore Persico) cfr. *infra*, par. III.2.

<sup>23</sup> Cfr. LEISNER W., *Grundrechte und Privatrecht*, München, 1960, 3 ss., il quale rileva giustamente che il successivo sviluppo della teoria dei diritti pubblici soggettivi sulla base delle particolarità autoritative del rapporto di diritto pubblico ha invece contribuito storicamente ad ostacolare il riconoscimento della *Drittwirkung* dei diritti fondamentali.

dal dibattito in Europa sul rapporto tra Stato e cittadino nell'ambito della teoria dei diritti pubblici soggettivi, che si ricorre al «diritto amministrativo civile» per indicare «l'esistenza di numerosi rapporti giuridici cui si applicano con reciproci temperamenti, qualche volta senza che si possa dire quali prevalgano, i principi del diritto pubblico o quelli del diritto privato»<sup>24</sup>.

La successiva dottrina, al cospetto dell'ampliamento delle funzioni amministrative e degli apparati pubblici<sup>25</sup>, notava ancora che «la rigidità di certe formule tradizionali mal si adatta alla feconda larghezza di forme che il diritto moderno ha saputo assumere» e «nascono spesso nel campo dell'attività *sociale* dello Stato rapporti di diritto che riuscirebbe impossibile qualificare come alcuna delle vecchie e rigide formule [...]; nasce così un diritto *sui generis* affatto caratteristico agli Stati moderni, che non infelicemente è stato intitolato *diritto civile amministrativo*, con espressione che vuole indicare la duplice attinenza di questa materia»<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> ROMANO S., *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico*, Milano, 1899, 8, che qui, richiamando espressamente l'opera di opera di JELLINEK G., *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, cit., 50 ss., accoglie una concezione dei rapporti misti diversa da quella prospettata nell'opera sui diritti pubblici soggettivi (cfr. *infra* nel testo).

<sup>25</sup> Sugli sviluppi del sistema amministrativo con riferimento a tale periodo storico, CASSESE S., *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 1983, 15 ss. e più recentemente TORCHIA L., *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 2009, 23 ss.

<sup>26</sup> LONGO A., *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi e il Diritto Amministrativo Italiano*, in *Arch. dir. pubbl.*, I, 1891, 168 ss., in part. 255 (enfasi in originale). La perfetta conoscenza da parte dell'A. della coeva letteratura tedesca induce a ritenere che il riferimento al «diritto civile amministrativo» richiami qui la teoria del "*bürgerliche Verwaltungsrecht*" di STEIN L., *Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungs-*

Poteva così ritenersi che «lo Stato medesimo nello svolgere l'azione sua verso lo scopo s'incontra nelle collaterali ed uguali libertà dell'individuo e in questo incontro nascono rapporti di stretto ordine civile» che «non si differenziano nella sostanza dal diritto civile, anzi sono parte del diritto *civile* rettammente e largamente inteso»<sup>27</sup> per giungere ad affermare che «il bene pubblico si *realizza*, a così dire, in molti casi nel bene privato, così il diritto pubblico si attua nel diritto privato»<sup>28</sup>.

Era questo il periodo, insomma, in cui si ammetteva che vi fossero rapporti tra cittadino e amministrazione in cui non vi era prevalenza del diritto pubblico sul privato o viceversa, cioè «rapporti *sui generis*, partecipanti all'uno e all'altro dei due antichi tipi classici di rapporti o diritto pubblico o di diritto privato»<sup>29</sup>.

---

*rechts: mit Vergleichung der Literatur und Gesetzgebung von Frankreich, England und Deutschland*, I, Stuttgart, 1888, 178 (cfr. *infra*, par. III.1), da cui Longo attinge anche la particolare considerazione per l'attività sociale dello Stato nell'ambito della quale «nascono così rapporti di diritto che riuscirebbe impossibile qualificare con alcune delle vecchie e rigide formule. Non si potrebbe riferirli al diritto pubblico, poiché l'essenza di tali istituti non è necessariamente compresa quell'esplicazione dei poteri sovrani che costituisce appunto l'ipotesi del diritto pubblico. Non si potrebbe riferirli al diritto privato per la ragione che si è detta, cioè che il fine che anima quegli istituti non è un interesse singolare ma bensì quello generale di tutto il popolo».

<sup>27</sup> MEUCCI L., *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., 9 (enfasi in originale), il quale, più oltre, osserva che «non la presenza sola di una legge o di un regolamento in un rapporto costituisce il diritto pubblico. Interessa vedere se il diritto stesso di cui si tratta sia regolato dalla legge *ob publicam utilitatem* o se invece sia rimasto qual esso è sotto il principio e il sistema del diritto privato» (134).

<sup>28</sup> MEUCCI L., *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., 126 (enfasi in originale).

<sup>29</sup> ORLANDO V.E., *Principii di diritto amministrativo*, Firenze, 1892,

Il rapporto amministrativo costituiva quindi la categoria concettuale neutra, suscettibile di comprendere anche quelle relazioni di confine, cui l'amministrazione partecipava senza l'esercizio dell'autorità, ma nel perseguimento di interessi collettivi, e la cui disciplina poteva farsi discendere dal concorso del diritto pubblico e di quello privato, senza che ciò determinasse la qualificazione in senso pubblicistico ovvero privatistico del rapporto.

L'esistenza di un inestricabile intreccio tra norme di diritto pubblico e privato, in specie nell'ambito dell'attività contrattuale dell'amministrazione<sup>30</sup>, non sarà più disconosciuta dalla scienza italiana del diritto amministrativo, ma tale constatazione non condurrà a sviluppare una teoria generale dell'amministrazione di diritto privato come ambito disciplinare differenziato, muovendo sistematicamente nel solco dell'equidistanza tra le due sottoclassi della dicotomia o, meglio, della non prevalenza dell'una sull'altra.

L'abbandono di ogni tentativo coincide con l'affermarsi dell'altra via di costruzione della specialità del diritto amministrativo attraverso la creazione di regole e principi propri

---

95 «la moderna evoluzione del diritto ha, secondo noi, rotto l'antico rigoroso limite tra l'*ius publicum* e l'*ius privatum*: per cui non si concepiva un rapporto giuridico che non fosse dipendente puramente semplicemente o dalla sovranità dello Stato o diretto alla *singulorum utilitas*. È caratteristica del diritto moderno, e specificatamente nell'ambito della scienza amministrativistica, il venire creando rapporti sui generis, partecipanti all'uno e all'altro dei due antichi tipi classici di rapporti o di diritto pubblico o di diritto privato». Nello stesso anche MANNA G., *Principii di diritto amministrativo*, Napoli, 1876, nell'introduzione; MEUCCI L., *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., 55 e 455.

<sup>30</sup> Sulle alterne vicende del rapporto tra contratto e amministrazione, cfr. SORDI B., *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, in *Dir. amm.*, 1995, 483 ss.

per l'esercizio del potere pubblico<sup>31</sup>, che hanno preteso omni-valenza e universalità di applicazione, diventando il diritto ordinario dei rapporti fra individuo e amministrazione<sup>32</sup>.

La scienza del diritto amministrativo abbandona il terreno del dialogo con il diritto privato costituito dal rapporto e individua il proprio oggetto unitario nella teoria giuridica dell'attività e dell'organizzazione amministrativa, edificando il proprio metodo giuridico sul sedime prima lasciato alla scienza dell'amministrazione<sup>33</sup>.

L'affermarsi delle teorie istituzionali concorre a spostare definitivamente l'oggetto del diritto amministrativo dal rapporto all'organizzazione e all'attività amministrativa, sancendone la definitiva specializzazione rispetto al diritto privato<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> Sulla «duplice via» che, dal punto di vista storico, contraddistingue la specialità del diritto amministrativo, PAJNO A., *Diritto pubblico e privato*, in *Annuario 2002 AIPDA*, Milano, 2003, 55 ss., in part. 64.

<sup>32</sup> Sul diritto pubblico come diritto comune dei rapporti tra diritto cittadino e amministrazione, VACCHELLI G., *La responsabilità civile della pubblica amministrazione e il diritto comune*, Milano, 1893, 57 ss.; ORLANDO V.E., *Saggio di una nuova teoria sul fondamento giuridico della responsabilità civile*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1893, III, 250 ss.

<sup>33</sup> Attraverso la fondamentale opera di Vittorio Emanuele Orlando: sulla svolta orlandiana cfr. recentemente SANDULLI A., *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, cit., 67 ss.

<sup>34</sup> La teoria, come noto, nasce in Francia ad opera di HAURIOU M., *Précis de droit public*, Paris, 1910, XIV, come reazione alle tesi tedesche dell'autolimitazione dello Stato, ma diventa il fondamento della teoria del *service public* come elemento unitario della specialità del diritto amministrativo, da individuarsi nella «idée du service se soit colletée avec le pouvoir exécutif à l'intérieur d'une vaste organisation instituée». In Italia trova il suo massimo esponente in ROMANO S., *L'ordinamento giuridico*, 2 ed., Firenze, 1945, 66 ss., cfr. *infra*, par. III.2. Come osserva BOBBIO N., *Dalla struttura alla funzione*, cit., 152 «in un momento in cui i giuristi che si occupano prevalentemente di diritto pubblico intendono affermare



Laddove resiste, il rapporto amministrativo diventa marginale e si sbilancia a favore dell'unilateralità ed autoritatività dell'azione amministrativa<sup>35</sup>, riducendosi a cinghia di trasmissione del plusvalore giuridico dell'amministrazione<sup>36</sup>: di

---

anche metodologicamente l'autonomia del diritto pubblico rispetto al diritto privato, e la mettono alla prova prima di tutto cercando di elaborare una teoria del diritto dal punto di vista del diritto pubblico anziché dal punto di vista tradizionale del diritto privato. La teoria dell'istituzione deve servire, secondo Romano, a questo scopo, cioè allo scopo di fornire una teoria del diritto con strumenti concettuali più consoni a una scienza giuridica che assiste al fenomeno della pubblicizzazione del diritto su cui richiama più volte l'attenzione dei suoi lettori».

<sup>35</sup> Il passaggio fondamentale dalla considerazione del rapporto a quella dell'attività emerge fin dall'opera di LOENING E., *Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts*, 1884, Leipzig, 29, che pur esaminando il rapporto tra il privato e l'amministrazione, definisce il diritto amministrativo come il diritto cui «gehören Rechtsnormen über die Bindung und die Rechtsverhältnisse derjenigen Organe an, welche nicht kraft eignen Rechts, sondern unter Autorität des Staatsoberhauptes die staatlichen Funktionen auf dem Gebiet der innen Verwaltung auszuführen haben». FLEINER F., *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen, 1911, 45, definisce il diritto amministrativo come «Summe aller Rechtsvorschriften für die Regelung der herrschaftlichen Rechtsverhältnisse zwischen Staat und Untertan».

<sup>36</sup> KAUFMANN E., *Verwaltung, Verwaltungsrecht*, in STENGEL K.-FLEISCHMANN M., *Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts*, 2 ed., III, Tübingen, 1914, 688 ss., in part. 709, ove si sottolinea che «Eben nur soweit das objektive Recht die Verhältnisse zwischen dem Staat und den Untertanen zu herrschaftlichen Gewaltverhältnissen stempelt, besteht Verwaltungsrecht, während hinter dieser Grenze [...] da Gebiet des bürgerlichen Rechts beginnt»; cfr. anche FLEINER F., *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, cit., 5 s. «Aber die Mehrzahl der öffentlichen Verwaltungsgeschäfte bewältigt der Staat mit Hilfe eines Mittels, das dem Privaten nicht zugänglich ist, nämlich mit Herrscher Gewalt (imperium). Herrschen bedeutet, die Fähigkeit besitzen, freien Menschen zu befehlen und sie zur Befolgung der Befehle zu zwingen. Nur dem Staate wohnt heute Herrschermacht inne». Sulla dicotomia tra diritto

talché viene meno ogni relazione con il concetto di rapporto giuridico del diritto privato<sup>37</sup>.

Nella nuova prospettiva, il «diritto civile amministrativo»<sup>38</sup> diventa sinonimo di diritto civile speciale, a designare un regime di diritto privato in cui gli elementi pubblicistici costituiscono eccezione<sup>39</sup>, e come tale da respingere,

---

pubblico e privato fondata sulla dicotomia tra Stato e società imperante nella seconda metà del XIX secolo, cfr. HABERMAS J., *Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*, cit., 94 ss.; BÖCKENFÖRDE E.-W., *Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung der individuellen Freiheit*, Opladen, 1973; ISENSEE J., *Der Dualismus von Staat und Gesellschaft*, in BÖCKENFÖRDE W. (cur.), *Staat und Gesellschaft*, Darmstadt, 1976, 317 ss.; GRIMM D., *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt, 1987, 69 ss.; sotto il profilo sociologico LUHMANN N., *Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft*, in LUHMANN N., *Soziologische Aufklärung*, 2 ed., IV, 1994, Opladen, 67 ss.; WILLKE H., *Staat und Gesellschaft*, in DAMMANN K.-GRUNOW D.-JAPP K.P., *Die Verwaltung des politischen Systems*, Opladen, 1994, 13 ss.

<sup>37</sup> FLEINER F., *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, cit., 39, secondo cui «Sobald aber die öffentliche Verwaltung den Bürgern herrschaftlich, obrigkeitlich gegenübertritt, ist das auf Gleichordnung der Parteien gestimmte Zivilrecht unanwendbar. Es beginnt der Bereich des öffentlichen Rechts».

<sup>38</sup> ROMANO S., *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, Milano, 1897, 214, ora in ID., *Gli scritti del Trattato Orlando*, Milano, 2003, 128.

<sup>39</sup> È qui evidente il riferimento critico alla tesi di MANTELLINI G., *Lo Stato e il Codice Civile*, I, Firenze, 1882-1883, 13, secondo cui «per lo Stato non può aversi e non si ha che *uno speciale diritto civile*, sia che si consideri nella *persona*, o nei *beni*, come nei *diritti* e nelle *obbligazioni*; o che ne definire i rapporti civili dello Stato coi privati, se non può, come non può, bandirsi il codice e men che mai la ragione del codice, è giuoco-forza accompagnare al codice le leggi amministrative per derivarvi il principio che temperi con la pubblica la privata ragione».

poiché «fino a ieri tutto quanto il diritto pubblico, non ancora sorto ad unità di principii e non avente un proprio organismo, si potrà designare come un corpo eccezionale di fronte al comune, col qual nome si designava soltanto il privato. Adesso una tale veduta è stata messa giustamente da parte e il diritto pubblico viene considerato comune anch'esso»<sup>40</sup>.

Anche la feconda prospettiva dei rapporti di confine si chiude con l'affermazione che «non possono esistere quei rapporti misti, contemporaneamente di diritto pubblico e da diritto privato»<sup>41</sup> e della prevalenza qualificatoria pubblicistica del rapporto con l'amministrazione, in quanto il diritto pubblico diventa il diritto proprio<sup>42</sup> dei rapporti fra individui e Stato «come quello che risponde alla natura dei soggetti e dei rapporti»<sup>43</sup>; il diritto privato non può apparire come regolatore di quei rapporti se non in via eccezionale<sup>44</sup>.

Non si ammettono più rapporti che possano partecipare sia del diritto pubblico che del diritto privato, poiché il rapporto deve essere considerato nel suo complesso<sup>45</sup> e, da tale ango-

---

<sup>40</sup> ROMANO S., *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, cit., 215.

<sup>41</sup> CAMMEO F., *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, I, Milano, (s.d. ma 1909), 217».

<sup>42</sup> MAYER O., *Deutsches Verwaltungsrecht*, 3 ed., I, Berlin, 1924, 14, secondo cui «Verwaltungsrecht ist das dem Verhältnisse zwischen dem verwaltenden Staate und seinen ihm dabei begegnenden Untertanen eigentümliche Recht».

<sup>43</sup> CAMMEO F., *Corso di diritto amministrativo*, I, Padova, 1914, (nella ristampa del 1992 di Cedam), 109.

<sup>44</sup> CAMMEO F., *Corso di diritto amministrativo*, I, cit., 110.

<sup>45</sup> CAMMEO F., *Corso di diritto amministrativo*, II, cit., 119 ss.

lazione, si conclude «i rapporti fra individuo e Stato debbono intendersi regolati dal diritto pubblico, se non v'è espressa o chiara ragione in contrario»<sup>46</sup>.

La grande dicotomia aveva adempiuto al suo ruolo assiologico e, nella contesa con il diritto privato, il diritto pubblico da sottoclasse della dicotomia si trasforma in classe universale<sup>47</sup> respingendo il primo fuori dal rapporto tra amministrazione e cittadino<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> CAMMEO F., *Corso di diritto amministrativo*, II, cit., 110.

<sup>47</sup> Secondo BOBBIO N., *Dalla struttura alla funzione*, cit., 123, caratteristica principale di una grande dicotomia e «l'utilizzazione che di essa viene compiuta per dividere l'universo in questione in due parti contrapposte rispetto al valore, cioè in due parti di cui l'una rappresenta il momento positivo, l'altra il momento negativo, l'una ciò che deve essere approvato ed eventualmente promosso, l'altra ciò che deve essere disapprovato ed eventualmente respinto».

<sup>48</sup> In Germania, la svolta assiologica in senso pubblicistico del diritto amministrativo coincide con l'opera di MAYER O., *Deutsches Verwaltungsrecht*, cit., 115, secondo cui «Die Anwendbarkeit des Zivilrecht auf Verhältnisse zwischen Staat und Untertan bleibt bestehen, aber als Ausnahme, weil das öffentliche Recht hier von vornherein das für diese Verhältnisse eigens bestimmte Recht ist». Prima Mayer aveva chiarito le ragioni del divario tra il diritto privato e amministrativo, osservando che «Die Verwaltungsrechtswissenschaft ist aber eine junge Wissenschaft, ganz im Gegensatze zur Zivilrechtswissenschaft, die in sicherem Besitze steht. Ihre Rechtsinstitute kann sie nur herausarbeiten in beständigem Kampfe mit einem großen Gegner: das ist unsere eigene Vergangenheit, die Rechtsanschauung des Polizeistaates» (114) di talché trova ulteriore conferma la tesi secondo cui il diritto amministrativo avrebbe conquistato la propria autonomia disciplinare rispetto al diritto privato generalizzando il concetto di amministrazione di polizia dello Stato assoluto: GUGLIELMI G.J., *La notion d'administration public dans la théorie juridique française – De la Révolution à l'arrêt Gadot*, Paris, 1991. Nella prefazione all'ottava edizione, HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, 1914, V, del tutto ingenerosamente rilevava che «Lorsque

La svolta assiologica in senso pubblicistico, favorita dall'inacerbirsi del conflitto tra amministrazione e giurisdizione<sup>49</sup>, non è rimasta priva di conseguenze sullo studio dell'attività contrattuale dell'amministrazione, comportando financo il rigetto in Italia delle figure del contratto di diritto pubblico<sup>50</sup>

---

j'abordai l'étude du droit administratif, je fus frappé de ce fait qu'aucun des auteurs qui avaient écrit sur la matière ne semblait l'avoir traité comme une véritable branche du droit auto-nome. Les uns ne faisaient que de la description technique des rouages administratifs et des services publics, les autres cherchaient bien à dégager quelques règles juridiques, mais c'était par la méthode d'analogie avec les règles civiles et l'on aurait juré qu'ils avaient l'intention d'annexer le droit administratif au droit civil». A ciò anteponeva la propria concezione del diritto amministrativo «tout pénétré du privilège d'action directe [il] n'est pas d'origine bilatérale [...] Il procède au contraire d'une façon unilatérale, des décisions et des pratiques des seules administrations [...] Nous sommes donc en présence d'un droit qui, au lieu d'être fondé, comme [le] droit civil, sur l'égalité des parties, l'est sur le statut spécial et sur les prérogatives de parties plus puissantes» (*ivi*, VI, VII e VIII).

<sup>49</sup> Sugli effetti di tale svolta sul sistema di riparto delle giurisdizioni, ANGELETTI A., *Aspetti problematici della discriminazione delle giurisdizioni e Stato amministrativo*, Milano, 1980.

<sup>50</sup> Sull'istituto del contratto di diritto pubblico in Germania (positivamente disciplinato dal § 54 S. 1 VwVfG), cfr. per l'evoluzione dogmatica, la recente opera di SCHLETTE V., *Die Verwaltung als Vertragspartner*, Tübingen, 2000, cui *adde* MACEDO WEIß P., *Pacta sunt servanda im Verwaltungsvertrag*, Frankfurt-Berlin-Bern-Bruxelles-New York-Wien, 1999; BAUER H., *Verwaltungsverträge*, in HOFFMANN-RIEM W.-SCHMIDT-ABMANN E.-VOßKUHLE A. (cur.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, II, München, 2008, 1155 ss.; MAURER H., *Untersuchung zum öffentlich-rechtlichen Vertrag in der Spruchpraxis der Gerichte*, Konstanz, 1997. Il ripudio della figura del *Verwaltungsvertrag* si fonda su argomenti di carattere prevalentemente metagiuridico, apparendo inaccettabile che lo Stato si possa porre sullo stesso piano del privato (MANTELLINI G., *Lo Stato e il Codice Civile*, cit., III, 431), dal che il senso di ripugna per la qualificazione in termini contrattuali di molti atti, tra cui le concessioni (CAM-

e del contratto amministrativo<sup>51</sup> elaborate altrove per adeguare il contratto alla nuova configurazione del rapporto tra amministrazione e cittadino.

Anche quando, in tempi più recenti, a fronte dei processi di privatizzazione e liberalizzazione, si sono ritenute sussistere nuovamente le condizioni per la ripresa di quel dialogo costruttivo tra diritto pubblico e privato<sup>52</sup>, è mancato il tentativo di tornare a coltivare la prospettiva di ambiti disciplinari differenziati, come il diritto amministrativo civile delle origini.

Diversa la sorte che il diritto amministrativo privato ha avuto in altre esperienze giuridiche, che pure hanno contribuito in misura rilevante a quel movimento culturale che si proponeva di liberare l'amministrazione dal dominio storico del diritto privato<sup>53</sup>, in cui la prospettiva sistematica del rapporto

---

MEO F., *La volontà individuale e i rapporti di diritto pubblico (contratti di diritto pubblico)*, in *Giur. it.*, 1990, IV, 7). Sulle alterne vicende dell'istituto, LEDDA F., *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, s.d., 10 ss.; SORDI B., *Tra Weimar e Vienna, Amministrazione e teoria giuridica del primo dopoguerra*, Milano, 1987, 123 ss. Limitate aperture si registrarono solo in FORTI U., *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, IV, 1900, 409 ss., il quale ravvisava uno spazio per un rapporto bilaterale e paritetico tra Stato e cittadino.

<sup>51</sup> Sul tentativo di trapianto del *contrat administratif* ad opera di BONOMI A., *Contratto amministrativo*, in *Dig. it.*, VIII, Torino, 1898-1900, 422 ss., cfr. CARANTA R., *I contratti pubblici*, 2 ed., Torino, 2012, 13 ss.

<sup>52</sup> PAJNO A., *Gli enti locali e gli strumenti di diritto privato*, in *Dir. amm.*, 2010, 555 ss.

<sup>53</sup> Non va sottovalutato che il principale fondatore del diritto pubblico tedesco come sistema autonomo dal diritto privato, concepiva il diritto pubblico come sistema di relazioni giuridiche soggettive tra il cittadino e lo Stato e riteneva che lo studio dell'attività amministrativa, attenendo ad aspetti di carattere materiale ed economico-sociale, potesse costituire oggetto di un diritto amministrativo separato dal diritto pubblico: GERBER C.F., *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, 2 ed., Leipzig,

amministrativo non è mai stata abbandonata<sup>54</sup>, ma anzi ha saputo trovare nuovo slancio.

---

1869, IX, ove, definito l'oggetto del diritto pubblico, precisa «Ich Scheide den grössten Theil des Stoffs, den man unter dem Namen "Verwaltungsrecht" zu begreifen pflegt, aus, indem er nach meiner Überzeugung mit dem Staatsrechte in keinem engeren Zusammenhange steht, als das Straf- und Processrecht. Seine Verbindung und Vermischung mit dem Staatsrechte kann nur einer Trübung des dem letzteren eigenthümlichen wissenschaftlichen Principis führen». Come si avrà modo di osservare, sarà Stein, come riconosce lo stesso Gerber, ad attribuire autonomia al diritto amministrativo rispetto allo *Staatsrecht*, muovendo però da una concezione rapportuale del diritto amministrativo di conio francese (*infra*, par. III.2). Anche la trattazione dell'organizzazione amministrativa è rimandata allo *Staatsrecht* e al diritto costituzionale, cfr. MAYER O., *Deutsches Verwaltungsrecht*, cit., 17, secondo cui «Die Behördenordnung mag dann mit dem geistesverwandten Verfassungsrecht zusammen auch weiterhin das "Deutsche Staatsrecht" bilden».

<sup>54</sup> Ciò è evidente fin dalle prime opere con cui i giuspubblicisti tedeschi iniziano ad occuparsi del diritto amministrativo, oltre a Stein, GNEIST R., *Der Rechtsstaat*, Berlin, 1879; ID., *Das Englische Verwaltungsrecht der Gegenwart in Vergleichung mit den Deutschen Verwaltungssystemen*, I, Berlin-Leipzig, 1882; GIERKE O., *Das deutschen Genossenschaftsrecht*, Berlin, 1868; MAYER F.F., *Grünzüge des Verwaltung – Recht und – Rechtsverfahrens*, Tübingen, 1857; ZACHARIÄ H.A., *Deutsches Staats-und Bundesrecht*, Göttingen, 1842; SARWEY O., *Das öffentliche Recht und Verwaltungsrechtspflege*, Tübingen, 1880; ID., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Freiburg, 1884; LABAND P., *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Tübingen, 1876; MEYER G., *Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrecht*, Leipzig, 1884. L'orientamento dello studio del diritto amministrativo secondo il criterio ordinante del rapporto suscita la viva ammirazione della dottrina italiana, secondo cui il «pregio di questa letteratura è sempre quello di una larga comprensione del subbietto, specialmente nel campo del diritto pubblico, di una elaborata costruzione tecnica e scientifica e di quel metodo d'indagine e di esposizione per cui le idee e i rapporti giuridici sono elevati ad istituti, quasi a personalità aventi propria fisionomia e movimento» MEUCCI L., *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., 16.

Fondato alla metà del Secolo scorso<sup>55</sup>, l'ambito disciplinare del diritto amministrativo privato ha rappresentato, sul piano teorico, una decisa rottura con la dicotomia e il ruolo da essa esercitato sulla scienza del diritto amministrativo<sup>56</sup>, e costituisce ormai parte fondamentale del diritto amministrativo generale<sup>57</sup>.

Nelle prime formulazioni, la teoria si concentra intorno alla mera affermazione dell'intreccio tra norme pubblicistiche e privatistiche e alla precostituita prevalenza delle prime sulle seconde<sup>58</sup>.

Tale prospettiva può peraltro ritenersi ormai superata da ricostruzioni sistematiche più articolate<sup>59</sup> e arricchita dal ri-

---

<sup>55</sup> WOLFF H.J., *Verwaltungsrecht*, I, München-Berlin, 1956, 73. Sul riconoscimento di Hans J. Wolff come fondatore del nuovo ambito disciplinare, cfr. FORSTHOFF E., *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, I, 10 ed., München, 1973, 197; cofondatore è comunemente ritenuto SIEBERT W., *Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung*, in *Festschrift für Hans Niedermeyer für 70. Geburtstag*, Göttingen, 1953, 215 ss.

<sup>56</sup> Cfr. ACHTERBERG N., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2 ed., Heidelberg, 1986, 11 ss.

<sup>57</sup> SCHMIDT-ABMANN E., *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee und System. Grundlagen und Aufgabe der Verwaltungsrechtlichen Systembildung*, 2 ed. Berlin-Heidelberg-New York, 2004, 291 ss.; IPSEN J., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 11 ed., Köln-Berlin-München, 2019, 55 ss.; WOLFF H.J.-BACHOF O.-STOBER R.-KLUTH W., *Verwaltungsrecht*, 13 ed., München, 2017, I, 228; MAURER H., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 11 ed., München, 1997, 160 ss.; ERICHSEN H.U.-MARTENS W., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7 ed., Berlin-New York, 1986; ACHTERBERG N., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2 ed., Heidelberg, 1986, 11 ss. e 209 ss.

<sup>58</sup> Cfr. le critiche allo snaturamento degli istituti civilistici delle prime teorizzazioni del diritto amministrativo privato di RAISER L., *Zukunft des Privatrechts*, Berlin, 1971, 13 ss.

<sup>59</sup> Pertanto, risulta superata la concezione della teoria del *Verwal-*



conoscimento che, nell'ambito di una visione funzionale del diritto, pubblico e privato non costituiscono regimi opposti, ma reciprocamente concorrenti nella disciplina dell'attività amministrativa<sup>60</sup>.

### I.3. PRIVATIZZAZIONE, CONTAMINAZIONE ED IBRIDAZIONE DEI DIRITTI.

Tuttavia, non può trascurarsi di rilevare che, ancor prima dell'affermazione della teoria del diritto amministrativo privato, la dottrina italiana era giunta ad una prima trattazione sistematica delle forme privatistiche dell'attività dell'amministrazione, cimentandosi nel tentativo di coniugare diritto pubblico e privato e giungendo, infine, alla tripartizione tra attività di diritto pubblico, attività amministrativa di diritto privato e attività privata<sup>61</sup>.

---

*tungsprivatrecht* che mostra di avere l'attuale dottrina italiana: NAPOLITANO G., *L'attività amministrativa e il diritto privato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 482 ss., in part. 484, secondo cui si tratterebbe di una soluzione che «consiste nella creazione di un diritto privato proprio dell'amministrazione che incorpora le esigenze di tutela della funzione: ciò attraverso la riproduzione al suo interno di alcuni meccanismi propri del regime amministrativo» e, soprattutto TRIMARCHI BANFI F., *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, 661 ss.

<sup>60</sup> «Auffangordnungen» secondo la fortunata formula coniata da HOFFMANN-RIEM W., *Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts Vorüberlegungen*, in *DVBl.*, 1994, 1381 ss., 1386 s. Sul tema si vedano anche interventi pubblicati in di HOFFMANN-RIEM W.-SCHMIDT-ABMANN E. (cur.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, Baden-Baden, 1996.

<sup>61</sup> Ci si riferisce ovviamente ad AMORTH A., *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa retta dal diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, 455 ss., ora in ID., *Scritti giuridici (1931-1939)*, I, Milano, 1999,

Con la categoria dell'attività amministrativa di diritto privato si era quindi approdati ad una prima sintesi tra elementi pubblicistici e privatistici, attraverso un'articolata composizione tra pubblico e privato, come traspare dalla stessa locuzione all'uopo coniata: attività (si) di diritto privato ma (pur sempre) amministrativa.

Si tratta di una tesi certamente innovativa per il tempo<sup>62</sup>, in cui peraltro l'equilibrio tra elementi pubblicistici e privatistici risultava ancora precario, dando luogo a letture anche molto diverse dell'equilibrio così individuato<sup>63</sup>.

La successiva dottrina ha sostanzialmente rinunciato a sviluppare la cennata prospettiva attraverso la creazione di un ambito disciplinare differenziato<sup>64</sup>, accantonando in gran par-

---

271 ss., la cui impostazione è ritenuta «ormai accettata dalla dottrina» fin da GIANNINI M.S., *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, III, 1958, 988 ss., ora in GIANNINI M.S., *Scritti*, IV (1955-1962), Milano, 2004, 314 ss., in part. 323.

<sup>62</sup> Rispetto ai precedenti contributi sul tema (CAMMEO C., *I contratti della pubblica amministrazione: legittimazione e capacità a contrarre*, Firenze, 1937 e CANTUCCI M., *L'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova, 1941) che si sono limitati alla problematica astratta e parziale della compatibilità dei modelli contrattuali con la natura dell'amministrazione.

<sup>63</sup> Soprattutto con riferimento all'ammissibilità della categoria dell'attività di diritto privato dell'amministrazione, nella quale vi sarebbe perfetta corrispondenza tra l'aspetto formale del regime (diritto privato) e sostanziale (perseguimento di interessi non pubblici): cfr. le conseguenze che ne traggono BARDUSCO A., *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 1974, 59 e ROVERSI MONACO F., *Gli enti di gestione. Struttura, funzioni, limiti*, Milano, 1967.

<sup>64</sup> Secondo FALCON D., *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984, 106, seguendo la prospettiva di Amorth avrebbero finito per riemergere «pienamente confermate, le fondamentali ragioni del contratto pubblico», allora osteggiate dalla prevalente dottrina.

te l'esigenza di una considerazione unitaria e sistematica dell'attività di diritto privato<sup>65</sup>, e ciò giustifica l'osservazione che, con riferimento alle «proprietà generali» dell'attività amministrativa di diritto privato, non si tratta di regole di una teoria, quanto di constatazioni che non sono tali da fondare una teoria generale, aggiungendo tuttavia che questo «non significa che tale teoria non possa esserci [...] ma, almeno sino ad oggi, è mancato chi dai singoli episodi abbia indotto la sintesi»<sup>66</sup>.

Sull'onda dei processi di privatizzazione e liberalizzazione, la dottrina è tornata ad ipotizzare l'esistenza di un «diritto civile delle pubbliche amministrazioni»<sup>67</sup>, in guisa peraltro più evocativa che speculativa, ovvero come la mera risultante dei fenomeni di ibridazione, di intrecci e reciproche sovrapposizioni tra diritto pubblico e diritto privato.

Ciò dimostra che la privatizzazione, più che un ritorno al diritto privato, appare come un processo ambiguo, perplesso e molto spesso contraddittorio<sup>68</sup>, che rende difficile l'individuazione di linee sistematiche: si tratta – come è stato osservato – non di un nuovo sistema, ma del recepimento di alcune

---

<sup>65</sup> Come osserva MARZUOLI C., *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, 76.

<sup>66</sup> GIANNINI M.S., *Attività amministrativa*, cit., 325.

<sup>67</sup> MASSERA A., *I contratti*, in *Trattato di diritto amministrativo* diretto da S. Cassese, II, 2 ed., 1547 ss. (1642); ad un «droit privé administratif» accenna DE LAUBADÈRE A., *Traité de droit administratif*, 9 ed., I, Paris, 1984, 38, per indicare i temperamenti del diritto civile ad opera del diritto amministrativo nel campo dell'attività contrattuale privata dell'amministrazione; per il periodo precedente cfr. anche LAMARQUE J., *Recherches sur l'application du droit privé aux services publics administratifs*, Paris, 1960.

<sup>68</sup> Come dimostra efficacemente lo studio di NAPOLITANO G., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, *passim*, in part. 155 ss.

tecniche privatistiche o di alcuni istituti di diritto privato, che vengono trasformati fino a perdere la loro identità e dando luogo a settori di amministrazione nei quali, sia sul piano organizzativo che su quello funzionale, istituti privatistici e pubblicistici convivono trasformandosi reciprocamente<sup>69</sup>.

#### I.4. LA RESISTENZA ALLA PROPOSTA DI AMBITI DISCIPLINARI DIFFERENZIATI.

Certo, per i fautori della grande dicotomia diritto pubblico e privato, la proposta di ambiti disciplinari differenziati come il diritto amministrativo privato<sup>70</sup> potrà apparire un'eresia<sup>71</sup>, nella migliore delle ipotesi, un'accozzaglia schizofrenica di concetti<sup>72</sup>.

---

<sup>69</sup> CERULLI IRELLI V., *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011, 4 s.

<sup>70</sup> La più recente e autorevole dottrina considera il diritto amministrativo privato l'approccio più idoneo a fronteggiare le trasformazioni del diritto amministrativo, in quanto «erfaßt das Verwaltungsprivatrecht die in marktnahen Leistungs- und Tätigkeitsbereichen unvermeidbaren Verschränkungen zwischen öffentlichen und privaten Interessen zutreffend» SCHMIDT-ABMANN E., *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs-idee und System. Grundlagen und Aufgabe der Verwaltungsrechtlichen Systembildung*, cit., 291.

<sup>71</sup> Per coloro che ritengono ancora valida e necessaria la grande dicotomia, la teoria del diritto amministrativo privato, soprattutto nelle sue prime formulazioni, condurrebbe allo snaturamento del diritto privato ad opera del diritto pubblico, RAISER L., *Die Zukunft des Privatrechts*, cit., 14 e 37, il quale si oppone anche all'opinione secondo cui la dicotomia sarebbe ormai assorbita dall'affermarsi di un diritto comune, nel quale è solo possibile individuare ambiti disciplinari differenziati, *infra*, par. III.1.

<sup>72</sup> BURMEISTER J., *Plädoyer für ein rechtsstaatliches Instrumentarium staatlicher Leistungsverwaltung und Wirtschaftsagende*, in *WiR*, 1972,

Sebbene la moderna scienza giuridica mostri ormai piena consapevolezza della matrice ideologica della dicotomia<sup>73</sup> e

---

311 ss., in part. 311 e 314; critico sull'utilità dell'ambito disciplinare, RÖHL H.-C., *Verwaltung und Privatrecht – Verwaltungsprivatrecht?*, in *VerwArch.*, 1995, 531 ss.

<sup>73</sup> La critica al carattere ideologico e plusvaloriale della dicotomia contraddistingue l'intera opera della scuola viennese: da Kelsen H., *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tübingen, 1911, VIII, in cui si prospetta la rottura della dicotomia a fronte della concezione unitaria dell'ordinamento, raccogliendo critiche, anche violente (Maggiore G., *L'aspetto pubblico e privato del diritto e la crisi dello Stato moderno*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1922, 140; ID., *Quel che resta del Kelsenismo*, in *Studi giuridici in onore di S. Romano*, Padova, 1940, 55 ss.) o quanto meno un'accoglienza tiepida da parte della dottrina italiana Romano S., *L'ordinamento giuridico*, cit., 8, che pur condividendo la constatazione che «il diritto, in ciò che ha di culminante e, quasi, si direbbe, di più essenziale, è principalmente pubblico», disapprova «la modernissima corrente dottrina che, esagerando questa verità, nega la distinzione fra il diritto pubblico e il diritto privato». Il necessario superamento della dicotomia è ribadito in Kelsen H., *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925, 82 ss., con argomenti già anticipati in Kelsen H., *Diritto pubblico e privato*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1924, 340 ss.; il monito sul carattere ideologico giunge infine in Kelsen H., *Reine Rechtslehre*, 2 ed., Wien, 1960, 285 s. Della scuola viennese cfr. anche Weyr F., *Über zwei Hauptpunkte der Kelsenschen Staatsrechtslehre*, in *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, 1914, 175 ss., in part. 186: «[...] ist in der Beibehaltung der Zweiteilung ein streng konservatives, ja absolutistisches Element zu erblicken»; Kraft J., *Die juristische und soziologische Bedeutung der Unterscheidung vom privatem und öffentlichem Recht*, in *AöR*, 1923, 563 ss., in part. 570, secondo cui «[...] die Theorie dieses Unterschiedes ist nichts anderes als ein ideologischer Niederschlag der herrschenden Machtverhältnisse»; Krabbe H., *Die moderne Staats-Idee*, 2 ed., Haag, 1919, 159; Merkl A., *Die monarchistische Befangenheit der deutschen Staatsrechtslehre*, in *Schweizerische Juristen-Zeitung*, 1920, 378 ss., che stigmatizza la dicotomia come «absolutistisch orientierte Doktrinen».

delle reciproche interferenze tra diritto pubblico e privato <sup>74</sup>, è comprensibile che tale proposta risulti difficile da accogliere.

La ragione del diritto amministrativo privato non sembra lontana da quella del diritto amministrativo civile degli albori della dottrina amministrativista italiana, ossia sviluppare un ambito disciplinare dei rapporti tra amministrazione e privato fondato su criteri e principi in grado di compendiare diritto pubblico e privato secondo una visione funzionale e nella logica della complessità del rapporto amministrativo, senza la preconstituita prevalenza dell'uno o dell'altro <sup>75</sup>.

Proprio a fronte dell'affermarsi delle moderne teorie antidicotomiche, spesso volte a delineare un nuovo diritto comu-

---

<sup>74</sup> Già JELLINEK G., *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, cit., 50 ss., «Schon die Existenz eines grossen Grenzgebietes, auf dem Privat- und öffentliches Recht sich berühren, lässt eine Wechselwirkung beider im Rechtsleben als gewiss erscheinen. Tiefere Untersuchung ergibt aber, dass die Wechselwirkung und der Zusammenhang beider das ganze Rechtsleben durchziehen». In Italia, sul rapporto tra diritto privato e pubblico e sulle reciproche interferenze tra le due sottoclassi della dicotomia, rimane fondamentale la trattazione di PUGLIATTI S., *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 696 ss., cui adde ALPA G., *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Bari, 2009, 359 ss., anche per il seguito del dibattito in merito al valore della dicotomia nella dottrina civilistica e in quella pubblicistica.

<sup>75</sup> Come osserva SCHMIDT-ABMANN E., *Öffentliches Recht und Privatrecht: Ihre Funktionen als wechselseitige Auffangordnungen. Einleitende Problemskizze*, in HOFFMANN-RIEM W.-SCHMIDT-ABMANN E. (cur.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, cit., 30, «Einen ersten Ordnungsansatz für Auffangvorgänge bietet das Rechtsverhältnisd Denken. Seinen heuristischen und dogmatischen Aufgaben verbindende Vorgehensweise macht es besonders geeignet, komplexe Regelungssituationen, wie sie sich im Grenz- und Kontaktbereich zweier Teilrechtsordnungen vielfältig zu ergeben pflegen, unter rechtlichen Gesichtspunkten genauer zu erfassen».

ne, il diritto amministrativo privato conserva ed arricchisce il proprio valore sistematico, salvaguardando lo statuto differenziato dell'amministrazione<sup>76</sup>, ma attraverso principi e cri-

---

<sup>76</sup> Significativa in questo senso è la sentenza della Corte federale tedesca del 17 novembre 2011, III ZR 234/10, in cui si afferma che «*Richtig ist insoweit zunächst der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, dass eine Ermessensentscheidung durch die Klägerin erforderlich ist. Bei dem Rechtsverhältnis der Parteien handelt es sich um ein solches, auf das die Grundsätze des Verwaltungsprivatrechts anwendbar sind. Die Klägerin erfüllt öffentliche Aufgaben in privatrechtlicher Handlungsform (vgl. BGH, Urteil vom 17. Juni 2003 – XI ZR 195/02, BGHZ 155, 166, 173 mwN). Im Anwendungsbereich des Verwaltungsprivatrechts werden die Normen des Privatrechts durch Bestimmungen des öffentlichen Rechts ergänzt, überlagert und modifiziert (BGH aaO S. 175). Es besteht daher nicht nur eine Bindung an die Grundrechte, insbesondere den Gleichheitssatz und das daraus folgende Willkürverbot, sondern auch an das Übermaßverbot. Ob aus dem im Verwaltungsprivatrecht anzuwendenden Übermaßverbot abzuleiten ist, es müsse eine Ermessensentscheidung getroffen werden, ob überhaupt ein Anspruch geltend gemacht werden soll (dafür BGH, Urteil vom 29. Oktober 2010 – V ZR 48/10, NJW 2011, 515 Rn. 16 mwN; a.A. BGH, Urteile vom 13. Juli 2004 – XI ZR 12/03, NJW-RR 2005, 276, 278 und vom 17. Juni 2003 – XI ZR 195/02 aaO S. 175 ff), kann hier dahinstehen*». Come si può notare, l'autonomia disciplinare emerge con tutta evidenza dalla considerazione che «nell'ambito del diritto amministrativo privato le disposizioni di diritto pubblico integrano, si sovrappongono e modificano quelle di diritto privato» ([...] Im Anwendungsbereich des Verwaltungsprivatrechts werden die Normen des Privatrechts durch Bestimmungen des öffentlichen Rechts ergänzt, überlagert und modifiziert [...]). L'amministrazione, quando persegue interessi pubblici attraverso il ricorso al diritto privato è quindi tenuta al rispetto dei principi pubblicistici, quali il vincolo al rispetto dei diritti fondamentali e al conseguente principio di idoneità (*Willkürverbot*), nonché al principio di proporzionalità (*Übermaßverbot*). Come si avrà modo di illustrare nel prosieguo, il *proprium* del diritto amministrativo privato, costituito dalla «sovrapposizione, integrazione e modificazione» delle norme di diritto privato da parte delle norme di diritto pubblico costituisce

teri in grado di ricomporre l'instabile equilibrio tra elementi pubblicistici e privatistici determinato dai non sempre lineari fenomeni di privatizzazione e liberalizzazione, ordinandone l'intreccio nella logica della complessità del rapporto e della rilevanza sostanziale degli interessi.

La teoria del diritto amministrativo privato, affinata e perfezionata<sup>77</sup>, è quindi apparsa, sul piano sistematico, l'approccio più adatto per affrontare i fenomeni di trasformazione del sistema amministrativo<sup>78</sup>.

In sostanza, il diritto amministrativo privato rappresenta l'approccio sistematico che consente una rinnovata ricostruzione dell'attività amministrativa di diritto privato al di fuori della grande dicotomia, in cui principi e criteri tradizionalmente ascritti all'una e all'altra categoria perdono la loro primigenia per concorrere nell'ambito disciplinare.

---

una formulazione approssimativa dei rapporti tra le due partizioni del diritto.

<sup>77</sup> Sull'evoluzione della teoria, cfr. STELKENS U., *Verwaltungsprivatrecht. Zur Privatrechtsbindung der Verwaltung, deren Reichweite und Konsequenzen*, Berlin, 2005.

<sup>78</sup> SCHMIDT-ABMANN E., *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee und System. Grundlagen und Aufgabe der Verwaltungsrechtlichen Systembildung*, cit., 291.



## CAPITOLO II

# PROFILI ALTERNATIVI ED EVOLUTIVI DEL DIRITTO DEBOLE

SOMMARIO: II.1. La grande dicotomia e i profili alternativi della nuova prospettiva ricostruttiva. – II.2. I profili evolutivi rispetto alle teorie antidicotomiche. – II.3. I profili evolutivi rispetto alle teorie funzionaliste e afunzionaliste.

### II.1. LA GRANDE DICOTOMIA E I PROFILI ALTERNATIVI DELLA NUOVA PROSPETTIVA RICOSTRUTTIVA.

Ideologicamente orientata e storicamente mutevole<sup>79</sup>, nonostante i suoi innumerevoli detrattori, la grande dicotomia

---

<sup>79</sup> Secondo l'opinione prevalente, nella cultura giusnaturalistica la dicotomia aveva un valore meramente analitico, costituendo il diritto pubblico semplicemente una parte del diritto comune (STOLLEIS M., *Geschichte der öffentlichen Rechts in Deutschland*, I, München, 1988, 65 ss.). La dicotomia diventa antinomia a partire dalla metà del XVIII Secolo con l'affermarsi della concezione hegeliana del rapporto tra Stato e società e si trasferisce sul piano del diritto positivo sulle spinte della nuova classe borghese che vedeva nel diritto pubblico il mezzo per affrancare l'ordinamento dai privilegi e per tutelare le libertà economiche (BULLINGER M., *Öffentliches Recht und Privatrecht: Studien über Sinn und Funktionen der Unterscheidung*, cit., 54 ss.).

continua a sopravvivere pervicacemente nella formazione culturale del giurista continentale<sup>80</sup> e nell'applicazione giurisprudenziale<sup>81</sup>.

Essa continua a condizionare la dottrina moderna del diritto amministrativo, soprattutto nei momenti di grande trasformazione del sistema amministrativo<sup>82</sup>.

Se in passato si sono affermate versioni assiologiche della dicotomia – nel senso del primato ora del diritto pubblico<sup>83</sup> ora del diritto privato<sup>84</sup> – ancora oggi si confrontano periodi-

---

<sup>80</sup> La dicotomia non appartiene alla formazione del giurista dei sistemi di *Common Law*, nei quali, pur esistendo una specifica disciplina sia sostanziale che processuale riferibile all'esercizio delle funzioni pubbliche, non esiste un diritto pubblico assiologicamente contrapposto al diritto comune (ALLISON J., *A Continental Distinction in the Common Law*, Oxford, 1996, *passim*) ed in particolare si esclude l'esistenza di principi propri del diritto pubblico diversi da quelli del diritto comune OLIVER D., *What, If Any, Public-Private Divides Exit?*, in RUFFERT M. (cur.), *The Public-Private Law Divide: Potential for Transformation?*, cit., 1 ss., in part. 16.

<sup>81</sup> ALPA G., *La cultura delle regole*, cit., 391, secondo cui si imporrebbe l'identificazione della dicotomia con la sua storia, ma si «deve registrare la perenne validità della distinzione».

<sup>82</sup> Dimostrando la profonda verità dell'affermazione che «[o]gni crisi nel campo del diritto riconduce lo studioso tra diritto pubblico e diritto privato» PUGLIATTI S., *Diritto pubblico e diritto privato*, cit., 696.

<sup>83</sup> BINDING K. *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, 4 ed., I, Leipzig, 1922, 255; THON A., *Rechtsnorm und Subjectives recht: Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre*, Weimar, 1878, 114 ss.

<sup>84</sup> La primazia del diritto privato come un processo organico e spontaneo, prodotto diretto del *Volkgeist*, rispetto alla legislazione statale è alla base della lotta contro la codificazione condotta in Germania da SAVIGNY F.C., *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814. RAVÀ T., *Il diritto come norma tecnica*, Cagliari, 1911.

camente i fautori della svolta privatistica e i difensori della specialità pubblicistica.

A fronte dei processi di privatizzazione, si è arrivati a prospettare la soppressione del diritto amministrativo, da un lato assorbito nel diritto costituzionale, dall'altro confuso nell'applicazione del diritto comune<sup>85</sup> o auspicare, nel contesto degli effetti della globalizzazione del diritto, la sostituzione *tout court* del provvedimento (e della legge) con il contratto<sup>86</sup>.

Nel senso opposto si muove la prospettiva che, attraverso una rivisitazione della tradizione giuspubblicistica liberale, rivendica una visione totalizzante in senso pubblicistico da contrapporre alle «avventuristiche mode privatistiche», che determinerebbero una caduta radicale della tutela del cittadino<sup>87</sup>.

Entrambe le posizioni non paiono condivisibili perché assiologicamente orientate, in base ad un giudizio di valore per un versante e disvalore per l'altro versante della dicotomia, a respingere rispettivamente il diritto pubblico o il diritto privato fuori dall'universo dei rapporti tra amministrazione e cittadino<sup>88</sup>.

---

<sup>85</sup> MARZONA N., *Sull'individualità costituzionale dell'amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 1996, 132.

<sup>86</sup> GALGANO F., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, cit., 93 ss.

<sup>87</sup> MAZZAMUTO M., *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008, 161 ss., in part. 174; ID., *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto*, in RENNA M.-SAITTA F., *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 3 ss.

<sup>88</sup> Secondo BOBBIO N., *Dalla struttura alla funzione*, cit., 123, caratteristica principale di una grande dicotomia è «l'utilizzazione che di essa viene compiuta per dividere l'universo in questione in due parti contrapposte rispetto al valore, cioè in due parti di cui l'una rappresenta il momento positivo, l'altra il momento negativo, l'una ciò che deve essere ap-

In tal modo la posizione, per così dire, privatistica deve riconoscere i limiti del contratto, quale atto di autonomia, in antitesi all'eteronomia delle fonti normative<sup>89</sup> e i problemi connessi alla non conoscibilità del rapporto di diritto privato rispetto alla conoscibilità di quello di diritto pubblico<sup>90</sup>.

Anche la posizione pubblicistica appare, sotto molti profili, antistorica nella misura in cui richiama indirizzi dottrinali collocabili in un contesto storico e culturale in cui la scienza del diritto amministrativo lottava per sottrarsi al giogo culturale del diritto privato, trascurando di comprendere l'attuale processo di trasformazione del sistema amministrativo che, operando in molteplici direttive (liberalizzazione, semplificazione, deregolazione, autonomia) investe proprio quei caratteri tradizionali del diritto amministrativo<sup>91</sup> in relazione ai quali si erano formati tali indirizzi.

Si tratta di un uso storiografico della dicotomia, in cui il discorso assiologico opera diacronicamente, attribuendosi più valore solo a ciò che veniva prima o solo a ciò che è venuto dopo<sup>92</sup>.

---

provato ed eventualmente promosso, l'altra ciò che deve essere disapprovato ed eventualmente respinto».

<sup>89</sup> GALGANO F., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, cit., 110 ss.

<sup>90</sup> ALPA G., *La cultura delle regole*, cit., 373 s., secondo cui la nuova realtà comporta «una considerazione in termini nuovi del rapporto tra diritto privato e diritto pubblico: il *discrimen* si colloca ora nella “conoscibilità” del rapporto; il rapporto pubblico è conoscibile, quello privato rimane estraneo all'informazione».

<sup>91</sup> CASSESE S., *Le trasformazioni del diritto amministrativo, dal XIX al XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, 27.

<sup>92</sup> Sull'uso storiografico della dicotomia, BOBBIO N., *Dalla struttura alla funzione*, cit. 124 e 128, ove si sottolinea il passaggio della grande dicotomia «a criterio di periodizzamento, o a indicatore di una tendenza di sviluppo: il che avviene quando si parla di tendenza alla privatizzazione e

Ma, al di là dei limiti che entrambe le prospettive esibiscono, è evidente che il substrato assiologico è costituito dal dogma dell'unitarietà del rapporto<sup>93</sup>, ossia l'assunto secondo cui un rapporto giuridico non può che appartenere interamente al diritto pubblico o al diritto privato, anche a costo di sostenere che le norme di una partizione subiscano una mutazione della loro natura (trasformandosi, a seconda, in diritto pubblico o in diritto privato) entrando a far parte dell'altra partizione della dicotomia.

Ciò è ben visibile nella dottrina che, pur ammettendo l'esistenza di rapporti misti, conclude che «se dunque una norma si definisce civilistica perché opera normalmente in quel sistema, questa stessa norma se e quando immersa nel diverso sistema pubblicistico non potrà che divenire parte e dunque assumere, a sua volta, la qualità di norma di diritto pubblico»<sup>94</sup>.

Alla base di tale impostazione dimora evidentemente la convinzione che il diritto pubblico costituisca un sistema chiuso di principi esclusivi ed omnivalenti per ogni attività dell'amministrazione non intaccabile nemmeno dalle scelte del costituente o del legislatore<sup>95</sup>: di talché la privatizzazione

---

per converso alla pubblicizzazione, o addirittura di un momento prevalentemente pubblicistico e di un momento prevalentemente pubblicistico del diritto». In altri termini, la dottrina da ultimo citata (Mazzamuto) sembra cadere nello stesso uso storiografico della dicotomia che imputa ad altra parte della dottrina (Giannini, Cassese, Amato), che bollerebbe di autoritarismo l'opzione per il pubblico della giuspubblicistica liberale del XIX Secolo.

<sup>93</sup> BYDLINKSI F., *Kriterien und Sinn der Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichem Recht*, in *AcP*, 1994, 319 ss., 337.

<sup>94</sup> MAZZAMUTO M., *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, cit., 171.

<sup>95</sup> Ossia i principi di legalità (dei fini e dei mezzi), della rilevanza esterna dell'organizzazione e dell'attività amministrativa e, sul versante

della medesima attività<sup>96</sup>, può semmai condurre ad un'attenuazione della specialità del diritto amministrativo, ma mai ad una qualificazione in senso privatistico del rapporto.

La prospettazione qui sostenuta è certamente alternativa rispetto a siffatte prospettive dicotomiche, nel tentativo di individuare uno statuto dei rapporti contrattuali dell'amministrazione differenziato, equidistante rispetto sia al diritto pubblico che al diritto privato, epperò più aderente alla trasformazione del dato positivo e alla non più negabile equivalenza tra strumenti di diritto pubblico e strumenti di diritto privato.

Di talché, occorre mettere in discussione l'esistenza stessa di principi pubblicistici connaturali all'attività amministrativa ed individuare *standard* di riferimento oggettivi, coerenti con lo statuto costituzionale dell'amministrazione, ma non qualificati per l'appartenenza all'uno o all'altro versante della dicotomia.

## II.2. I PROFILI EVOLUTIVI RISPETTO ALLE TEORIE ANTIDICOTOMICHE.

Se si abbandonano le derive assiologiche e si riconduce la dicotomia all'interno dell'ordinamento, tutto si riduce al mo-

---

della tutela, il controllo della discrezionalità e l'ampiezza degli interessi rilevanti: MAZZAMUTO M., *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, cit., 176 ss.; ID., *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto*, cit., 24 ss.

<sup>96</sup> Sulle diverse accezioni del fenomeno di privatizzazione, cfr. MARZUOLI C., *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 393 ss., in part. 394; ID., *Tutela del cittadino e "privatizzazione" dell'amministrazione*, in ROZO ACUÑA E. (cur.), *Cittadino e amministrazione nel diritto comparato*, Napoli, 1998, 243 ss., in part. 245.

do con cui si produce la norma individuale: ovvero alla distinzione tra l'autonomia del diritto privato e l'eteronomia del diritto pubblico<sup>97</sup>.

Secondo la scuola kelseniana, la dicotomia non è extrasistemica e fondata su plusvalori, ma intrasistemica e consiste unicamente in ciò: nel diritto privato «i soggetti che sono obbligati partecipano alla produzione della norma che obbliga, e in ciò consiste del resto tutta l'essenza della produzione del diritto contrattuale, là, nell'ordine amministrativo di diritto pubblico, il soggetto che deve essere obbligato non ha nessuna parte nella produzione della norma che lo obbliga. Questo è il caso tipico di una produzione autocratica di norme; il contratto di diritto privato rappresenta invece un metodo espressamente democratico di produzione giuridica»<sup>98</sup>.

La svolta kelseniana, che ha fatto giustizia di tutti gli altri criteri discretivi conati per dirimere la dicotomia<sup>99</sup>, non è

---

<sup>97</sup> Come già osservava CAMMEO F., *La volontà individuale e i rapporti di diritto pubblico (contratti di diritto pubblico)*, in *Giur. it.*, 1990, IV, 3, «la volontà individuale non solo ha efficacia nella determinazione originaria del rapporto, ma spesso ben anco delle regole che debbono governarlo».

<sup>98</sup> KELSEN H., *Reine Rechtslehre*, cit., 44; ID., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, trad. a cura R. Treves, Torino, 2000, 131 s.

<sup>99</sup> Per rimanere ai più noti, quello tra diritto individuale e diritto sociale (GIERKE O., *Deutsches Privatrecht*, I, Leipzig, 1895, 29), tra interessi individuali e interessi collettivi (CESARINI SFORZA W., *Il diritto dei privati*, Milano, 1963, 103), tra diritto sociale e diritto individuale (ROSMINI A., *Filosofia del diritto*, I, Napoli, 1844, 118 ss.), tra diritti pubblici e diritti privati (THON A., *Rechtsnorm und Subjectives recht*, cit., 113 ss.) ovvero sull'equilibrio del rapporto tra soggetti (RADBRUCK G., *Propedeutica alla filosofia del diritto*, Torino, 1959, 219 ss.) o tra gruppi sociali (DUGUIT L., *Il diritto sociale, il diritto individuale e la trasformazione dello Stato*, Firenze, 1950, 8 ss.) o infine quello basato sulla distinzione tra norme di organizzazione e norme di comportamento (BURCKHARDT W., *Methode und*

stata decisiva soltanto per il diritto pubblico, eliminando ogni residuo plusvalore dell'autorità, quanto e soprattutto per la sistematica del diritto privato<sup>100</sup>, epurandola da qualsiasi ricostruzione extrastatuale e seduzione giusnaturalistica<sup>101</sup>.

Ciò ha imposto di rimeditare alcune fondamentali categorie del diritto amministrativo, ma anche le categorie, altrettanto essenziali, del diritto privato, tra le quali quella centrale dell'autonomia negoziale, riportandole nell'ambito di una visione unitaria dell'ordinamento<sup>102</sup>, con conseguenze assai rilevanti in questa sede.

---

*System des Rechts*, Zürich, 1936, 58 ss.; PUGLIATTI S., *Diritto pubblico e diritto privato*, cit., 723 ss.).

<sup>100</sup> Come giustamente nota WYDUCKEL D., *Über die Unterscheidung von Öffentlichem und Privatrecht in der Reine Rechtslehre*, in KRAWIETZ W.-SCHELSKY H. (cur.), *Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen*, Berlin, 1984, 113 ss., in part. 128 «wird durchaus der Weg in ein differenziertes Gemeinrecht eröffnet, in dem die Unterscheidung von Öffentlichem und privatem recht zwar nicht aufgehoben ist, wohl aber einrückt in einen neuer rechts- und staatstheoretischen Bezugsrahmen, in dem sie nunmehr einen Aspekt unter mehreren möglichen Gliederungsaspekten des Rechtssystem darstellt. Auf dieser Grundlage hat die Reine Rechtslehre wesentlich dazu beitragen können, ältere Denkstrukturen aufzubrechen, insbesondere das Privatrecht aus bestehender Isolierung herauszuführen und als Teilfunktion im staatlich organisierten Rechtssystem neu zu verorten».

<sup>101</sup> IRTI N., *Autonomia privata e forma di Stato (intorno al pensiero di Hans Kelsen)*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, 15 ss.

<sup>102</sup> IRTI N., *Autonomia privata e forma di Stato (intorno al pensiero di Hans Kelsen)*, cit., 20, osserva che «La neutralità del diritto privato e la politicità del diritto pubblico vengono piegate al medesimo metodo di studio. Nulla è più neutrale, poiché tutto è politico e tutto partecipa dell'unitaria volontà statale; nulla è più semplice forza poiché tutto è risolto nella concatenazione produttiva delle norme e nel rapporto tra gradi dell'ordinamento. Il sacrificio – di che potrebbero dolersi i teorizzatori, da un lato, del carattere originario dell'autonomia privata, e, dall'altro, della ragion di Stato – è consumato nel segno di una superiore e comprensiva unità».



Ma soprattutto, se si accoglie una prospettiva intrasistemica, il confine tra diritto pubblico e diritto privato diventa dinamico e mutevole in ragione dei temperamenti rispettivamente dell'autonomia del diritto privato e dell'eteronomia del diritto pubblico<sup>103</sup>.

E, in ultima analisi, attenendo al modo in cui si produce la norma individuale, ossia la regola del caso concreto, la distinzione tra diritto pubblico e privato entra nella disponibilità del costituente e del legislatore<sup>104</sup>.

Ciò è quanto previsto dall'art. 74 della Costituzione federale tedesca, che riserva allo Stato federale la competenza legislativa esclusiva sulla materia del diritto civile ed è quanto oggi prevede l'art. 117, comma 2, lett. 1), Cost., in merito alla competenza esclusiva dello Stato con riferimento alla materia dell'ordinamento civile<sup>105</sup>.

Ciò comporta che il criterio discreitivo tra diritto pubblico

---

<sup>103</sup> Come espressamente affermerà già lo stesso Kelsen H., *Allgemeine Staatslehre*, cit., ID., *Dottrina generale dello Stato*, trad. a cura di J. Luther e E. Daly, Milano, 2013, 213.

<sup>104</sup> Diventando espressione della forma dello Stato, cfr. Achterberg N., *Die Reine Rechtslehre in der Staatstheorie der Bundesrepublik Deutschland*, in *Der Einfluss Reinen Rechtslehre auf die Rechtstheorie in verschiedenen Ländern*, Wien, 1978, 7 ss.

<sup>105</sup> Cfr. Calzolaio E. (cur.), *Il diritto privato regionale nella prospettiva europea. Atti del Convegno internazionale di Macerata, 30 settembre-1° ottobre 2005*, Milano, 2006; Alpa G., *L'ordinamento civile nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *Contratti*, 2004, 175 ss.; ID., *Il limite del diritto privato alla potestà normativa regionale*, in *Contratto e impresa*, 2002, 606 ss.; Irti N., *Sul problema delle fonti in diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 702 ss.; Roppo V., *Il diritto privato regionale: fra nuova legislazione, giurisprudenza vecchia e nuova, e dottrina prossima ventura*, in *Corr. giur.*, 2003, 5 ss.; ID., *Diritto dei contratti, ordinamento civile, competenza legislativa delle Regioni. Un lavoro compilato per la Corte costituzionale*, ivi, 2005, 1301 ss.

e diritto privato può acquisire carattere normativo, soprattutto nell'ipotesi in cui sia la stessa Costituzione a prevederlo e, in ultima analisi, la neutralizzazione della dicotomia nell'ambito della scelta politica del legislatore del modo in cui tutelare uno specifico interesse.

Tale conclusione sta alla base della recente autorevole prospettazione di un nuovo diritto comune<sup>106</sup>, inteso come il diritto delle tecniche di tutela degli interessi, indifferente alla loro natura pubblica e privata e rimesso alla scelta del legislatore, di talché «quando il legislatore, cioè la volontà politica, decide di tutelare un interesse mercé una data tecnica, è superfluo domandarsi se quell'interesse sia pubblico o privato» e ciò perché «non c'è, né ci fu in epoche del passato, un catalogo di interessi privati o di interessi pubblici [...] ciò che è privato oggi può divenire pubblico domani; ciò che è pubblico oggi può divenire privato domani»<sup>107</sup>.

Si prospetta così un diritto comune non come diritto del codice civile, ma come diritto della molteplicità dei corpi normativi, un diritto dei mezzi e non dei fini, un diritto delle

---

<sup>106</sup> La dottrina (GIANNINI M.S., *Diritto pubblico e privato nel diritto dell'economia*, in *Il diritto dell'economia*, 1967, ora in *Scritti giuridici*, V, Milano, 723) in passato aveva già rilevato che «diritto pubblico e diritto privato nel senso tradizionale del termine sono due episodi marginali: in mezzo ai quali c'è tutta una realtà che non si può definire né di diritto pubblico né diritto privato: appunto il diritto comune». Sul ruolo di Giannini nel rilancio della prospettiva del "diritto comune", cfr. ALLEGRETTI U., *Il valore della costituzione nella cultura amministrativistica*, in *Dir. pubbl.*, 1996, 771 e 782.

<sup>107</sup> IRTI N., *Prefazione* a CERULLI IRELLI V., *Amministrazione pubblica e diritto privato*, cit., IX ss. Per la dottrina che ravvisa nella distinzione tra pubblico e privato la «struttura fondamentale, l'ontologia del diritto» cfr. MONTANARI B., *Itinerario di filosofia del diritto. Per una lettura critica dell'esperienza giuridica*, Padova, 1995, 163.

tecniche di scelta di protezione, di rifiuto o di accoglimento nelle forme di tutela giurisdizionale.

Peraltro, è evidente che la scelta del legislatore di individuare la tecnica del diritto privato per lo svolgimento dell'attività amministrativa comporta la perdita di un sistema di disciplina più articolato: assoggettamento della decisione dell'amministrazione ai principi di corrispondenza fra decisione e fine legale, imparzialità, ragionevolezza, rilevanza di interessi di terzi, fruibilità di tutela in forma specifica.

Si tratta del sistema disciplinare edificato storicamente sulla tecnica prima dell'atto amministrativo<sup>108</sup> e poi della funzione amministrativa, ma che, ove ad essa si sostituisca la tecnica del contratto e dell'obbligazione, imporrebbe la necessità non di meno ma di più regole<sup>109</sup> per compensare, da una parte, quella perdita disciplinare<sup>110</sup> e, dall'altra, per evitare la riviviscenza del pubblico nel soggetto o nella funzionalità dell'attività.

In ordine al primo profilo, quello della tutela, si richiede una apposita normazione in grado di attribuire rilevanza agli

---

<sup>108</sup> SORACE D., *Promemoria per una per una nuova "voce": Atto amministrativo*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, III, cit., 745 ss., in part. 765 ss.

<sup>109</sup> MARZUOLI C., *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, cit., *passim*.

<sup>110</sup> Sugli effetti della logica privatistica della libertà e dell'autonomia sulla recente crisi finanziaria e sulla riproposizione, seppure in termini nuovi ed originali, della centralità della logica pubblicistica, cfr. TORCHIA L., *La regolazione del mercato e la crisi economica globale*, in BRESCIA F.-TORCHIA L.-ZOPPINI A. (cur.), *Metamorfosi del diritto delle società? Seminario per gli ottant'anni di Guido Rossi*, Napoli, 2012, 57 ss.; C. HARLOW, *The «Hidden Paw» of the State and the Publicisation of Private Law*, in DYPRENHAUS D.-HUNT M.-HUSCROFT G. (cur.), *A Simple Common Lawyer. Essays in honour of M. Taggart*, Oxford-Portland, 2009, 75 ss.

interessi di terzi che non avrebbero cittadinanza nel diritto privato e che rimetterebbe, in definitiva, al legislatore la scelta di quali interessi tutelare, non escludendosi tuttavia la possibilità di una revisione degli istituti del diritto privato volta ad attribuire rilevanza ai diritti dei terzi <sup>111</sup>.

Con riferimento al secondo profilo, si osserva che se vi è privatizzazione e quindi «si ammette che il soggetto pubblico possa utilizzare forme soggettive private [...], siccome a quella forma (pubblica) corrisponde un sostanza diversa (pubblica) occorrono apposite disposizioni per compensare la situazione, per “regolare” (appunto) quella divaricazione» e ciò non solo nella prospettiva di «evitare che la logica della forma possa travolgere la sostanza di interesse pubblico», ma soprattutto per evitare che «una logica privatistica proprio non vi sia» <sup>112</sup>.

In altri termini la scelta legislativa della tecnica privatistica non è sufficiente se non accompagnata da regole idonee ad attribuire, da una parte, rilevanza alla sostanza degli interessi pubblici e privati e, dall'altra, ad impedire che proprio la sostanza pubblica vanifichi la scelta del legislatore.

Nella prospettiva qui seguita, si ritiene che proprio l'individuazione di ambiti disciplinari differenziati possa escludere la necessità di un *surplus* normativo, fugando i dubbi di costituzionalità della mera scelta legislativa per la tecnica privatistica che escluda la rilevanza di determinati interessi.

Ciò se la differenziazione tenga conto, al di là delle scelte legislative, della rilevanza degli interessi sostanziali in base a criteri e principi ordinatori sistematicamente neutrali rispetto al pubblico e al privato.

---

<sup>111</sup> MARZUOLI C., *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, cit., 418.

<sup>112</sup> MARZUOLI C., *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, cit., 425 s.

Un altro approccio è quello della teoria dell'ibridazione o embricazione tra diritto pubblico e diritto privato, da tempo indicato dalla dottrina come fenomeno erosivo della dicotomia.

Peraltro, la più recente dottrina si è impegnata in un'analisi approfondita del fenomeno, mettendo in evidenza le tecniche, le funzioni e i limiti del processo di reciproca interferenza tra diritto pubblico e privato attraverso un'indagine delle norme e degli orientamenti giurisprudenziali <sup>113</sup>.

Ne è risultato un quadro fortemente dinamico, in cui si alternano fenomeni di privatizzazione del diritto amministrativo, per effetto del quale molti elementi tipicamente pubblicistici sono sottoposti al diritto privato, e fenomeni di pubblicizzazione del diritto amministrativo privatizzato.

Inquadrando l'intreccio di regole e principi pubblicistici e civilistici nell'ambito di un più ampio scenario di mutazione dei poli normativi di riferimento, se ne desume l'instabilità degli equilibri tra diritto pubblico e privato, concludendo per la praticabilità di soluzioni solo contingenti, che di volta in volta stabiliscano gli equilibri dell'intreccio <sup>114</sup>.

Come osservato, tale conclusione costituisce in realtà il punto di partenza di un percorso sistematico volto all'individuazione dei «criteri per scomporre e ordinare l'intreccio», onde evitare il rischio «che si passi dalla mitologia della dicotomia pubblico-privato alla mitologia del loro intreccio, con equilibri variabili a seconda delle circostanze» <sup>115</sup>.

---

<sup>113</sup> NAPOLITANO G., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., *passim*.

<sup>114</sup> NAPOLITANO G., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., 235 ss.

<sup>115</sup> D'ALBERTI M., *Recensione a Napolitano G., Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 237 ss., in part. 240.

Il fine della teoria qui sostenuta è quello di integrare tale prospettiva, nel tentativo di assorbire l'instabilità dell'equilibrio tra elementi pubblicistici e privatistici nell'ambito di un regime differenziato, alla luce di criteri e principi ordinatori di rapporti complessi, composti da relazioni oggettivamente orientate e multipolari <sup>116</sup>.

### II.3. I PROFILI EVOLUTIVI RISPETTO ALLE TEORIE FUNZIONALISTE E AFUNZIONALISTE.

Nello studio dell'attività amministrativa di diritto privato è da sempre ritenuta imprescindibile l'individuazione dell'equilibrio tra i termini del binomio autonomia ed eteronomia, a

---

Secondo BENVENUTI L., *Diritto e amministrazione. Itinerari di storia del pensiero*, Torino, 2011, 227, occorrerebbe partire «da quei profili minimi su cui si possa formare un sufficiente consenso; e tra essi in primo luogo il superamento di una visione incentrata sull'atto amministrativo, e la valorizzazione di tutti quegli elementi, organizzativo, materiale, informale, consensuale, destinati a ruotare intorno ad un'attività amministrativa proceduralizzata».

<sup>116</sup> Secondo GAMBARO A., *Interessi diffusi, interessi collettivi e gli incerti confini tra diritto pubblico e diritto privato*, cit., «il punto di svolta può collocarsi nella seconda metà del secolo scorso allorché vennero a completa emersione i problemi materiali connessi con la complessità delle interrelazioni tra individui in una società affluente e con esse la realtà di interessi che rimanevano individuali ed avevano la promozione dell'individuo come scopo, ma che, a cagione del grandissimo numero di elementi interagenti, non potevano essere affrontati entro gli schemi lineari della logica individualistica» e altresì «la dicotomia diritto pubblico/diritto privato presenta il difetto di generare indicazioni inidonee circa i metodi e le tecniche di contemperamento tra i vari interessi in gioco, o, meglio, induce ad adottare la soluzione semplicistica della loro gerarchizzazione, in applicazione della quale l'interesse pubblico prevale sempre su quello privato».

cui si riduce, come si è visto, la grande dicotomia: ciò è quanto si dice osservando che l'attività amministrativa, anche quando si svolge nelle forme privatistiche, soggiace al principio di legalità e, quindi, conserva il suo connotato di essere funzionale alla cura di interessi collettivi (legalità-indirizzo) ed affermando la necessità di istituti di tutela degli interessi dei terzi che, secondo il diritto privato, non avrebbero rilevanza alcuna (legalità-garanzia)<sup>117</sup>.

In altri termini, funzionalità dell'attività e tutela dei terzi costituiscono elementi eteronomi del regime dell'attività privatistica dell'amministrazione, di talché, con riferimento ad essi si rende necessario individuare l'equilibrio con la logica dell'autonomia del diritto privato.

Siffatto delicato equilibrio è stato raggiunto dalla più recente dottrina seguendo diverse prospettive.

La prima si inserisce nel solco della teoria dell'attività amministrativa di diritto privato già sviluppata, come si è visto, dalla dottrina della prima metà del secolo scorso<sup>118</sup>, scomponendo e ricomponendo quell'equilibrio tra elementi pubblicistici e privatistici in termini nuovi e ritenuti più soddisfacenti.

Il perfezionamento consiste, in primo luogo, nella dimostrazione che l'elemento della funzionalità riguarda tutta l'attività amministrativa che si svolge secondo forme privatistiche: non solo quindi l'attività amministrativa di diritto privato<sup>119</sup>,

---

<sup>117</sup> MARZUOLI C., *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., *passim*.

<sup>118</sup> Conferma l'influenza della sistematica di Amorth, MANFREDI G., *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001, 18.

<sup>119</sup> Secondo GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, 655, «È l'attività amministrativa in senso proprio, cioè attiene alla cura di interessi nel senso preciso di interessi della collettività».

svolta per il perseguimento di interessi collettivi, ma anche l'attività privata dell'amministrazione, ossia quella rivolta al soddisfacimento di interessi propri dell'apparato e solo strumentale al perseguimento degli interessi collettivi <sup>120</sup>.

Si riconosce quindi che tutta l'attività contrattuale è funzionale, compresa quindi l'attività gestionale, che storicamente ha rappresentato un punto di coincidenza tra forma e sostanza privatistica, una sorta di riserva per la sopravvivenza della logica contrattuale rispetto alla omni-valenza del diritto pubblico e dell'atto amministrativo <sup>121</sup>.

Tale evoluzione rappresenta uno snodo fondamentale nella costruzione del regime unitario dell'attività privatistica dell'amministrazione <sup>122</sup>, ma, come si avrà modo di evidenziare, rimette al centro della discussione il problema del riconoscimento dell'autonomia privata dell'amministrazione.

Assai più radicale, sotto il profilo sistematico, è la prospettiva volta a ricondurre l'attività amministrativa di diritto privato nell'ambito dello statuto unitario dell'attività amministrativa.

Si ritiene, infatti, che «il regime dell'attività è sempre unitario e che l'attività dell'amministrazione deve sempre rispondere a quei principi pubblicistici che da sempre ne indi-

---

<sup>120</sup> Ossia «quell'attività con cui le amministrazioni provvedono a sé stesse» GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, I, cit., 445.

<sup>121</sup> Come nota BARETTONI ARLERI A., *Dalla procedimentalizzazione del contratto alla contrattualizzazione del procedimento*, in *Studi in memoria di F. Piga*, I, Milano, 1992, «lo svolgimento dell'attività con strumenti di diritto privato fu conculcata nel recinto dell'attività meramente gestionale; lo spartiacque che salvava il primato dell'atto era proprio questo».

<sup>122</sup> Solo apparentemente precluso con la riconquista, dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 2004, da parte del giudice ordinario dell'attività privata dell'amministrazione.



rizzano lo svolgimento»<sup>123</sup>, ovvero che «l'attività amministrativa ha uno statuto disciplinare da rispettare, quale che sia la natura giuridica e lo statuto disciplinare (pubblico, privato, misto) proprio degli atti finali»<sup>124</sup>, di talché «l'attività amministrativa, anche quando si avvale di strumenti privatistici, resta comunque funzionalizzata, e, sotto questo profilo (che è l'unico rilevante), attività amministrativa; soggetta pertanto alle regole generali dell'attività amministrativa, diverse da quelle che disciplinano l'attività privatistica. Con il che continuare a ritenere che l'amministrazione sia dotata di autonomia privata significa ridurre il problema ad un gioco di parole»<sup>125</sup>.

Secondo tale prospettiva, anche l'attività amministrativa di diritto privato sarebbe espressione del potere amministrativo, sebbene non autoritativo.

Si tratta, come si vede, del problema dei rapporti tra l'autonomia dell'atto privato e l'eteronomia della funzionalità amministrativa, che viene risolto esternamente, attraverso l'integrazione della disciplina legale dell'atto privato, ovvero internamente, riconducendo l'attività contrattuale nello statuto unitario dell'attività amministrativa.

Entrambe le prospettive, seppur ridimensionando l'imperatività del potere amministrativo nella logica della funzione, non riescono a neutralizzare l'autoritatività insita nella nozione stessa di funzione, che così viene estesa anche all'attività privatistica dell'amministrazione.

---

<sup>123</sup> SCOCA F.G., *Poteri amministrativi e strumenti di diritto pubblico e privato. A margine di un recente disegno di legge*, in *Annuario 2002 AIPDA*, cit., 45.

<sup>124</sup> SCOCA F.G., *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, VI aggiornamento, Milano, 2002, 75 ss., in part. 96.

<sup>125</sup> SCOCA F.G., *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, 2002, 438.

Tale problema non si pone o, meglio, è risolto a monte se si ritiene che il ricorso al diritto privato comporti la trasformazione del potere amministrativo, anche di quello discrezionale: «trasformazione che consiste appunto nel privare i singoli atti, rimasti identici nel contenuto e nella possibilità di scelta su cui sono fondati, del loro carattere funzionale»<sup>126</sup>.

Siffatta considerazione, certamente radicale, pare quella più aderente a comprendere il fenomeno della privatizzazione dell'attività amministrativa, ma pone un nuovo ordine di questioni, che derivano appunto dalla perdita di quell'ambito disciplinare edificato sull'atto amministrativo e sulla funzionalità dell'attività amministrativa, idoneo ad attribuire rilevanza ad interessi che tale rilevanza non sembrano avere nel diritto privato.

La tesi qui proposta svolge una funzione integrativa, scomponendo le relazioni tra autonomia ed eteronomia e ricomponendole nella logica del rapporto, di talché ciò che prima richiedeva soluzioni esterne ed eteronome trova una più appagante sistemazione nella complessità e multipolarità del rapporto amministrativo.

---

<sup>126</sup> ORSI BATTAGLINI A., *Fonti normative e regime giuridico del rapporto di impiego con enti pubblici*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1993, 461 ss.; ora in *Scritti giuridici*, Milano, 2007, 1475 ss., 1489.

## CAPITOLO III

# LE BASI TEORICHE DELLA NUOVA PROSPETTIVA

SOMMARIO: III.1. La riapertura del dialogo tra diritto privato e diritto pubblico: dalla dicotomia alla differenziazione. – III.2. I criteri ordinatori della nuova prospettiva.

La grande dicotomia non è certo rimasta confinata ai discorsi generali sulla specialità del diritto amministrativo, ma ha conformato, con l'ausilio di una giurisprudenza pretoria forgiatasi sul sistema di riparto delle giurisdizioni, gli istituti dell'attività contrattuale dell'amministrazione, dando luogo ad una prospettiva verticalistica e dualistica.

In particolare, nella contesa tra le giurisdizioni, l'eteronomia ha assunto i connotati dell'autoritatività a fondare la giurisdizione amministrativa, generando ricostruzioni bifasiche dell'attività amministrativa di diritto privato.

Evidenza pubblica, *Zweistufentheorie*<sup>127</sup>, *acte détachable*<sup>128</sup>,

---

<sup>127</sup> Secondo la notissima definizione coniata da IPSEN H.P., *Öffentliche Subventionierung Privater*, Berlin, 1956, 61 ss., sulla quale recentemente TANNEBERG B., *Die Zweistufentheorie*, Berlin, 2011.

<sup>128</sup> L'introduzione della teoria dell'*acte détachable*, al fine di consentire l'impugnazione di terzi nell'ambito dei contratti amministrativi, risale ad

rappresentano altrettanti istituti conati per salvaguardare la logica del provvedimento nell'ambito dell'attività contrattuale dell'amministrazione, anche a costo di evidenti forzature e della parcellizzazione del rapporto contrattuale in distinti ed autonomi rapporti, riconducibili rispettivamente al diritto pubblico e al diritto privato <sup>129</sup>.

Si tratta di istituti che rispondono anche alle esigenze di attribuire rilevanza agli interessi dei terzi, ma che determinano una prospettiva verticalistica e bifasica nella ricostruzione del rapporto contrattuale, che solo recentemente la dottrina incomincia a mettere in discussione al cospetto dei problemi di collegamento tra provvedimento e contratto che derivano dalle conseguenze sul contratto dell'annullamento degli atti della serie pubblicistica <sup>130</sup>.

---

una nota decisione del Conseil d'État del 1905 (CE, 4 agosto 1905, *Martin*); in dottrina COLLIARD C-A., *La notion d'acte détachable et son rôle dans la jurisprudence du Conseil d'État*, in *L'Évolution du droit public. Études offertes à Achille Mestre*, Paris, 1956, 115 ss. Sulla dottrina spagnola degli *actos separables*, v. per tutti GARCIA DE ENTERRÍA E.-FERNÁNDEZ T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 6 ed., Madrid, 1993, 671 ss.

<sup>129</sup> Per una ricostruzione bifasica dell'attività contrattuale dell'amministrazione in Italia: SANDULLI A.M., *Deliberazione di negoziare e negozio di diritto privato della Pubblica Amministrazione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1965, 1 ss.; GRECO G., *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato – I contratti ad evidenza pubblica*, Milano, 1996; ID., *Accordi e contratti della pubblica amministrazione tra suggestioni interpretative e necessità di sistema*, in *Dir. amm.*, 2002, 411 ss.; SCOGNAMILGIO A., *Sui collegamenti tra atti di autonomia privata e procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1983, 290 ss.; CORAGGIO G., *Effettività del giudicato e invalidità del contratto stipulato a seguito di aggiudicazione illegittima*, in *Riv. proc. amm.*, 2003, 776 ss.; CERULLI IRELLI V., *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 217 ss.

<sup>130</sup> SCOCA F.G., *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contrat-*

Le vicende dell'istituto dell'evidenza pubblica sono abbastanza note.

Anche ai fini della conclusione di un contratto che resta integralmente disciplinato dal diritto privato, la volontà dell'amministrazione si forma attraverso provvedimenti, la cui presenza garantisce la tutela dei terzi, attraverso la tecnica dell'interesse legittimo dinnanzi al giudice amministrativo, e la funzionalità dell'azione amministrativa, anche quando questa si esplica attraverso atti che sono espressione di autonomia privata.

Il contratto, stipulato all'esito della fase pubblicistica è invece ritenuto soggetto al diritto privato, alla logica del diritto soggettivo e devoluto alla giurisdizione del giudice ordinario<sup>131</sup>.

---

to, in *Foro amm.-Tar*, 2007, 804 ss.; GRECO G., *La trasmissione dell'anti-giuridicità (dell'atto amministrativo illegittimo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 326 ss.; SCACCHI A., *Profili civilistici dell'incidenza dell'annullamento dell'aggiudicazione sul susseguente contratto*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2009, 1514 ss.; CINTIOLI F., *Annullamento dell'aggiudicazione, buona fede e metodo giuridico*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2003.

<sup>131</sup> Dopo l'aggiudicazione, una volta stipulato il contratto (e addirittura nei casi in cui ancora un contratto non sia stato formalmente stipulato ma si controverta comunque, nell'ambito di un rapporto paritetico, delle conseguenze dell'inadempimento del privato agli obblighi assunti: cfr. Cass., sez. un., 14 giugno 2006, n. 13690; 6 maggio 2005, n. 9100; 6 maggio 2005, n. 9391), si passa dalla fase della scelta del contraente, caratterizzata da poteri autoritativi, alla fase esecutiva, in cui il privato contraente vanta diritti soggettivi e non più interessi legittimi: Cons. Stato, ad. plen., 29 gennaio 2014, n. 6, in cui, in relazione a un caso di revoca di agevolazioni pubbliche (materia in cui pure si individuano due fasi, la prima caratterizzata dall'esercizio di poteri discrezionali a fronte di situazioni di interesse legittimo e la seconda caratterizzata da situazioni di diritto soggettivo in capo al privato) si richiama l'analoga disciplina dello speciale potere di autotutela privatistica che è riconosciuto all'amministrazione anche nell'ambito dell'esecuzione dei contratti pubblici – artt. 134, 135 e

Si tratta di una ricostruzione bifasica dell'attività contrattuale che spezza il rapporto contrattuale in due autonomi rapporti, soggetti a diverse discipline e alla cura di giudici diversi.

Partendo dal presupposto che l'amministrazione gode di autonomia negoziale, parte della dottrina ha correttamente rilevato che non esiste la necessità di inquadrare il procedimento di formazione della volontà nell'ambito dell'attività provvedimentale, in quanto la natura di amministrativa degli atti deriva dal dato positivo e non da una necessità ontologica legata alla natura funzionale dell'attività esercitata.

In tale prospettiva, gli atti dell'evidenza pubblica sono qualificati come atti amministrativi negoziali, espressione non di potere amministrativo, ma del potere di autoregolazione della sfera giuridica dell'amministrazione riconducibile alla posizione di autonomia privata della stessa, ritenendo che «non è il contratto che si inserisce (in posizione quasi servente) in un contesto necessariamente pubblicistico, sebbene sono i profili pubblici dell'evidenza pubblica che si inseriscono – per disciplina positiva – nel processo di formazione del contratto e, cioè, in un fenomeno che di per sé è sicuramente privatistico». Conseguentemente, venendo meno il carattere autoritativo del potere, gli atti dell'evidenza pubblica sono ritenuti inidonei a «degradare la situazione giuridica di cui sia portatore il terzo che contratta con l'amministrazione»<sup>132</sup>.

Si sostituisce così l'impostazione bifasica con quella dell'unitarietà del procedimento di formazione della volontà, composto da atti amministrativi definiti negoziali, in cui il profilo pubblicistico si fonde con quello privatistico.

---

136 del codice dei contratti pubblici – distinguendosi tale tipo di potere da quello generale e pubblicistico di autotutela.

<sup>132</sup> GRECO G., *I contratti della pubblica amministrazione tra diritto privato e diritto pubblico*, cit., 86 ss.

Il superamento della logica bifasica nel senso dell'unitarietà del procedimento è raggiunto attraverso una concezione ampia di autonomia contrattuale, compatibile con il vincolo di scopo, il quale tuttavia permane quale elemento pubblicistico dell'attività amministrativa contrattuale.

In definitiva, sebbene si giunga a ritenere che gli atti dell'evidenza pubblica costituiscano parte del processo di formazione della volontà e quindi negoziali, essi rimangono amministrativi quanto a regime, perché espressione della funzione amministrativa.

La logica dualista contraddistingue anche l'approccio della dottrina e della giurisprudenza a quelle figure di natura consensuale, che pur incidendo in materie che si ritengono senz'altro riservate agli strumenti pubblicistici, non sono riconducibili ai consueti schemi unilateralistici.

Hanno luogo così soluzioni dualiste, come nel caso della concessione, che si articolano in due atti di diversa natura, un provvedimento unilaterale che dispone dell'interesse pubblico con riferimento al bene o all'attività, il quale assicura che la decisione a favore del concessionario avvenga nel rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento, e un contratto di diritto privato che disciplina i profili patrimoniali del rapporto.

Tale ricostruzione è stata sottoposta a serrata critica da parte della dottrina che ha proposto l'inquadramento di tali fattispecie entro schemi integralmente privatistici, rilevando che, in numerose evenienze, l'amministrazione non emana alcun provvedimento, di talché il contratto è l'unico atto da cui nasce ed è disciplinato il rapporto concessorio<sup>133</sup>.

Benché anche il diritto positivo contenga una precisa opzione in merito alla ricostruzione in termini contrattuali, l'in-

---

<sup>133</sup> D'ALBERTI M., *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981, 301 ss.

quadramento bifasico torna in rilievo quando si tratta di giustificare il potere unilaterale di revoca per motivi di interesse pubblico, ancora ritenuto spiegabile in senso pubblicistico.

Inoltre, la ricostruzione in termini esclusivamente privatistici viene contestata in ragione dell'esigenza di garantire la funzionalizzazione dell'azione amministrativa anche in questo settore<sup>134</sup>, che continuerebbe a giustificare, secondo una parte della dottrina, una ricostruzione in termini prevalentemente pubblicistici<sup>135</sup>.

Rispetto a tale logica bifasica, la tesi qui sostenuta propone una prospettiva ricostruttiva in senso orizzontale dell'attività amministrativa contrattuale rimuovendo l'elemento che ha caratterizzato la diffusa ricostruzione in termini verticistici e dualistici costituito dalla funzionalità dell'attività amministrativa, inteso come elemento pubblicistico di eteronomia, dimostrando come l'interesse pubblico possa orientare l'autonomia contrattuale dell'amministrazione in modo simile ad altri interessi e, come in tale prospettiva, anche i terzi possano ricevere rilevanza e tutela.

---

<sup>134</sup> SORACE D.-MARZUOLI C., *Concessioni amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.*, III, Torino, 1989, 284, i quali peraltro escludono la presenza di connotati autoritativi, rilevando che se si continua ad affermare la convivenza di un potere pubblico accanto ad un potere privato «la concessione [...] sembra essere il punto di crisi della nozione di imperatività, e, con essa, di quella di provvedimento amministrativo» (290).

<sup>135</sup> ROMANO A., *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. amm.*, 1994, 459 ss. Una parte della dottrina ha suggerito, dopo l'entrata in vigore della legge n. 241 del 1990, l'inquadramento della concessione nella figura del contratto di diritto pubblico: PERICU G., *Il rapporto di concessione di pubblico servizio*, in PERICU G.-ROMANO A.-SPAGNUOLO VIGORITA V. (cur.), *La concessione di pubblico servizio*, Milano, 1995, 102 ss.; GRECO G., *Le concessioni di pubblico servizio tra provvedimento e contratto*, in *Dir. amm.*, 1999, 381 ss.



### III.1. LA RIAPERTURA DEL DIALOGO TRA DIRITTO PRIVATO E DIRITTO PUBBLICO: DALLA DICOTOMIA ALLA DIFFERENZIAZIONE.

Il ragionamento dicotomico contraddistingue l'approccio sistematico e strutturale del diritto<sup>136</sup> e quella tra pubblico e privato è certamente la dicotomia più grande, assorbente tutte le altre<sup>137</sup>.

Ancorché epurata da qualsiasi plusvalore extrasistemico, la dicotomia tra diritto pubblico e privato si riproduce nella sistematica contrapposizione tra eteronomia ed autonomia, continuando a contraddistinguere assiologicamente strutture normative diverse<sup>138</sup>.

Strutturalmente, il diritto privato si caratterizza come insieme di regole di convivenza, in cui vigono i principi di libertà ed autonomia, e il diritto pubblico come insieme di regole per indirizzare azioni altrimenti diverse verso uno scopo comune, in cui operano i differenti principi del comando e dell'eteronomia<sup>139</sup>.

Le moderne teorie hanno peraltro mostrato che, nella pro-

---

<sup>136</sup> Sull'analisi sistematica e strutturale del diritto rimane insuperata per completezza e ricchezza di riferimenti l'opera in tre volumi di LOSANO M.G., *Sistema e struttura nel diritto*, Milano, 2002. Sulla prevalenza dell'analisi strutturale rispetto a quella funzionale, cfr. BOBBIO N., *Dalla struttura alla funzione*, cit., 48 ss.

<sup>137</sup> BOBBIO N., *Dalla struttura alla funzione*, cit., 134 ss., secondo cui anche la dicotomia tra diritto naturale e positivo è degradata a dicotomia secondaria rispetto a quella tra diritto privato e pubblico.

<sup>138</sup> Come osserva BULLINGER M., *Öffentliches Recht und Privatrecht*, cit., 54 ss.

<sup>139</sup> BULLINGER M., *Öffentliches Recht und Privatrecht*, cit., 112 ss.; BYDLINKSI F., *Kriterien und Sinn der Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichem Recht*, cit., 322.

spettiva funzionale, la distinzione tra diritto pubblico e privato perde ogni valore dicotomico e assiologico, poiché la stessa struttura normativa può svolgere più funzioni e, viceversa, la stessa funzione può essere svolta da strutture normative diverse.

Dottrina civilistica e pubblicistica hanno peraltro sperimentato isolatamente l'approccio funzionale al diritto<sup>140</sup>, senza comunicazione dei risultati isolatamente acquisiti, di talché ogni disciplina ha continuato ad avere dell'altra una immagine ormai superata<sup>141</sup>.

Così la dottrina amministrativistica ha ritenuto e ancora ritiene l'autonomia contrattuale inconciliabile con l'eteronomia determinata dal principio di legalità e dalla funzionalità dell'attività amministrativa, in ragione di una concezione giusnaturalistica dell'autonomia privata ormai abbandonata dalla dottrina civilistica.

Allo stesso modo, la dottrina civilistica, che ha ormai superato quella concezione extrasistemica e giusnaturalistica dell'autonomia negoziale e raggiunto risultati condivisi sull'apertura del diritto privato alla realtà sociale, soprattutto nell'ambito della sua rivisitazione alla luce della Costituzione, ritiene ancora necessario difendere gelosamente il contratto dall'eterodeterminazione dell'interesse pubblico, anche quando la dottrina amministrativistica ha ormai abbandonato

---

<sup>140</sup> Segnala la «cronica incomunicabilità delle esperienze dei giuristi di settore» BRECCIA U., *L'immagine che i privatisti hanno del diritto pubblico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, 191 ss., ora in ID., *Immagini del diritto privato*, I, Torino, 2013, 105 ss., 127.

<sup>141</sup> BRECCIA U., *L'immagine che i privatisti hanno del diritto pubblico*, cit., 127, secondo cui è «attuale l'esigenza di un confronto meno teoretico e meno divaricato nei tempi: affinché l'immagine trasmessa dall'altro universo non sia – come spesso accade, invece, negli scambi interdisciplinari – l'ultimo raggio di una fonte ormai spenta nel luogo di provenienza».

la convinzione che il perseguimento di tale interesse richieda sempre una logica unilateralistica<sup>142</sup>.

Come si è visto, non sono mancati, nel passato più lontano, tentativi da parte della dottrina pubblicistica di evidenziare la natura funzionale di alcuni limiti eteronomi dell'autonomia contrattuale attraverso la teoria del diritto amministrativo civile.

In particolare, la definizione di diritto civile amministrativo è stata impiegata per designare quelle limitazioni dell'autonomia privata per le finalità pubbliche dell'economia di mercato: diritto civile amministrativo che costituisce formalmente parte del diritto civile dei contratti, ma che sostanzialmente appartiene al diritto pubblico<sup>143</sup>.

Si tratta di una concezione dell'amministrazione e del di-

---

<sup>142</sup> Come giustamente rileva GAMBARO A., *Interessi diffusi, interessi collettivi e gli incerti confini tra diritto pubblico e diritto privato*, cit., è «sotto il profilo epistemologico che risulta improponibile contrapporre il diritto pubblico ove il tutto si presenta come scopo, e l'individuo resta in secondo ordine, al diritto privato ove ciascun individuo per sé stesso è posto come scopo, ed ogni rapporto giuridico serve soltanto come mezzo per la sua esistenza o per le sue particolari condizioni».

<sup>143</sup> Secondo la tesi di STEIN L., *Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts: mit Vergleichung der Literatur und Gesetzgebung von Frankreich, England und Deutschland*, I, Stuttgart, 1888, 178, «daß die Verwirklichung der Idee des Verkehrswesens die an sich absolut frei Willensbestimmung des Einzelnen im Einzelverkehr in so weit beschränkt und bestimmt, als dieß im Interesse des Verkehrswesens gefordert wird. Diese durch das letztere gegebene Beschränkung des Vertragsrechts ist nun dasjenige, was wir das bürgerliche Verwaltungsrecht des Verkehrs nennen, und das, obgleich es einen formellen Theil des bürgerlichen Vertragsrechts bildet, dennoch dem Wesen nach dem öffentlichen Rechten angehört. Die Verwaltungslehre muß sich begnügen, auf das Gebiet aufmerksam zu machen; die vollendete Rechtswissenschaft hat es im Einzelnen durchzuführen».

ritto amministrativo di chiaro stampo hegeliano<sup>144</sup>, che non cela il proprio carattere assiologico in senso pubblicistico e che per tale motivo ebbe scarso seguito<sup>145</sup>.

Altra dottrina, con precipuo riferimento agli enti a struttura associativa ha sostenuto l'esistenza di un diritto sociale<sup>146</sup>,

---

<sup>144</sup> Sulla matrice hegeliana della contrapposizione tra Stato e società nell'opera di Stein, cfr. FORSTHOFF E., *Einführung*, in FORSTHOFF E. (cur.), *Lorenz von Stein, Gesellschaft – Staat – Recht*, Frankfurt,-Berlin-Wien, 1972; cfr. anche HUBER R.E., *Lorenz von Stein und die Grundlegung der Idee des Sozialstaats*, in HUBER R.E., *Nationalstaat und Verfassungsstaat. Studien zur Geschichte der modernen Staatsidee*, Stuttgart, 1965, 127 ss.; BOCKENFORDE E-W., *Lorenz von Stein als Theoretiker der Bewegung von Staat und Gesellschaft zum Sozialstaat, Alteuropa und die moderne Gesellschaft: Festschrift für Otto Brunne*, Göttingen, 1963, 248 ss.; BLASIUS D., *Lorenz von Steins Lehre vom Königtum der sozialen Reform und ihre verfassungspolitischen Grundlagen*, in *Der Staat*, 1971, 33 ss.

<sup>145</sup> In Italia, tale concezione del diritto amministrativo civile è presa in considerazione da BRONDI V., *Le pubbliche amministrazioni e la gestione di affari*, Torino, 37, nota n. 1, che la ritiene «affatto peculiare e intimamente legata al sistema complessivo del diritto proprio dello Stein», sottolineandone la differenza rispetto alla nozione di diritto privato speciale impiegato per la disciplina dell'attività patrimoniale dell'amministrazione.

<sup>146</sup> GIERKE O., *Deutsches Privatrecht*, I, cit., 26, il quale osserva che «Individualrecht ist das Recht, insoweit es die menschlichen Willensträger als Einzelwesen zu einander in Beziehungen setzt. Das Individualrecht behandelt daher vor Allem die einzelnen Menschen als in sich abgeschlossene Einheiten. Es ergreift aber auch die menschlichen Verbände, wenn und soweit es dieselben als zusammengesetzte Einheiten den Individuen gleichstellt [...] Sozialrecht ist das Recht, insoweit es die Beziehungen der menschlichen Willensträger als Gesellschaftswesen ordnet. Das Sozialrecht behandelt die einzelnen Menschen als Glieder von höheren Ganzen, die menschlichen Verbände als gesellschaftliche Ganze (Gemeinwesen) oder wiederum als Glieder von höheren Verbandsganzen».

inteso come diritto prodotto dalla comunità sociale che si interseca tra diritto pubblico e privato<sup>147</sup>.

La dottrina successiva ha evidenziato che oltre a fondarsi su un concetto generico quale quello di “sociale”, tale diritto si distribuirebbe in realtà tra diritto pubblico e privato, senza indicare quali principi giuridici lo distinguerebbero dalle due partizioni<sup>148</sup>.

Siffatta tesi ha avuto peraltro pregio di mettere in evidenza che il diritto pubblico può avere una struttura individuale e che il diritto privato può avere una struttura sociale<sup>149</sup>.

Solo in tempi più recenti, soprattutto dalla dottrina civilistica, è venuto il ripensamento in senso funzionale del diritto privato in rapporto con il diritto pubblico, che ha condotto al superamento dell'isolazionismo disciplinare e alla matura consapevolezza che il primo non è più solamente l'ambito dell'autonomia e della libertà e il secondo il luogo dell'eterodeterminazione e del comando.

In tale prospettiva si evidenzia che molti istituti del diritto

---

<sup>147</sup> GIERKE O., *Deutsches Privatrecht*, I, cit., 27, «eine rein positive Grenzziehung zwischen Privatrecht und öffentlichen Recht, die das Sozialrecht in der Mitte durchschneidet».

<sup>148</sup> RAISER L., *Die Zukunft des Privatrechts*, cit., 24. Cfr. anche le considerazioni critiche di SCHMIDT R., *Einführung in die Rechtswissenschaft*, Leipzig, 1923, 8 s.

<sup>149</sup> PUGLIATTI S., *Diritto pubblico e diritto privato*, cit., 700. Gierke, strenuo sostenitore della tradizione organicistica, ha avuto il merito di contrastare la visione formale del diritto di Gerber e Laband, quale effetto indiretto della volontà statuale, in ragione del substrato comunitario (*Gemeinwesen*) del diritto e, al tempo stesso, di mettere in evidenza che i diritti dei singoli non hanno matrice prestatale o presociale, ma hanno la loro origine nella *Mitgliedschaft*, nella comune apparenza dei loro titolari all'organica e vivente comunità politica (COSTA P.-ZOLO D., *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Bologna, 2002, 115).

amministrativo possono essere ricostruiti nella logica del diritto privato, il quale deve definitivamente riconoscere il superamento dei tradizionali assiomi e la possibilità che la libertà contrattuale e la proprietà incontrino dei vincoli funzionali al perseguimento di interessi collettivi.

Nella logica funzionale si è sviluppata la concezione della società di diritto civile dell'ordoliberalismo come ambito disciplinare autonomo rispetto al diritto privato e pubblico<sup>150</sup>.

Siffatta prospettazione si fonda sul riconoscimento di un ambito sociale, quale quello dell'economia di mercato, in cui opera un diritto civile che, al di là delle assonanze, non è il diritto privato in senso tecnico, ma un ordinamento complesso in cui l'esercizio dell'autonomia privata è regolato sia da elementi di ordine privatistico, ed in primo luogo quello della responsabilità sociale dei privati, che da elementi tradizionalmente ascritti al diritto amministrativo.

Tale teorizzazione, che ampia influenza ha avuto sul diritto dell'economia anche in sede europea, porta oggi la dottrina ad affermare che l'autonomia non possa più essere consi-

---

<sup>150</sup> BÖHM F., *Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft*, ORDO, 1966, vol. 17, 75 ss.; CANARIS C-W., *Verfassung – und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit in der Privatrechtsgesellschaft*, in BADURA P. (cur.), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens, Festschrift für P. Lerche zum 65. Geburtstag*, München, 1993, 873 ss.; MESTMÄCKER E.-J., *Franz Böhm*, in GRUNDMANN S.-RIESENHUBER K. (cur.), *Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler – eine Ideengeschichte in Einzeldarstellungen*, vol. 1, Berlin-New York, 2007, 31 ss.; MESTMÄCKER E.-J., *Franz Böhm und die Lehre des Privatrechtsgesellschaft*, in RIESENHUBER K. (cur.), *Privatrechtsgesellschaft – Entwicklung, Stand und Verfassung des Privatrechts*, Tübingen, 2007, 35 ss.; ZÖLLNER W., *Die Privatrechtsgesellschaft im Gesetzes – und Richterstaat*, Köln, 1996. Per una reinterpretazione della teoria per il nostro tempo: GRUNDMANN S., *The Concept of the Private Law Society after 50 Years of European and European Business Law*, in ERPL, 2008, 553 ss.

derata disgiuntamente dalla sua regolazione in senso funzionale<sup>151</sup>.

In tale nuovo contesto, il profondo ripensamento dei termini della dicotomia ha portato a due diverse teorizzazioni che, peraltro, hanno in comune un tratto essenziale: la rivalutazione del rapporto giuridico come substrato teorico e tecnico per una rivisitazione in senso funzionale della relazione tra diritto pubblico e privato.

Entrambe le teorie utilizzano la categoria concettuale del rapporto come prospettiva per la valutazione degli interessi sostanziali e la composizione della complessità che si determina per effetto delle interferenze e contaminazioni tra diritto pubblico e privato.

Entrambe le tesi, in una prospettiva funzionale del diritto fondata sugli interessi che vengono in rilievo nel rapporto, affermano il superamento della dicotomia per una prospettiva fondata sulla differenziazione.

Sul grado di differenziazione le due tesi divergono.

Secondo la prima tesi, il superamento della dicotomia è possibile attraverso la creazione da parte di tutti i formanti di un diritto comune differenziato, ossia di un diritto comune applicabile ad ogni rapporto, indipendentemente dalla natura dei soggetti, del carattere funzionale o meno dell'attività svolta, che tuttavia si differenzia in ambiti disciplinari in ragione di specifici principi e criteri<sup>152</sup>.

---

<sup>151</sup> GRUNDMANN S., *L'unità del diritto privato. Da un concetto formale a un concetto sostanziale di diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 585 ss., in part. 592.

<sup>152</sup> BULLINGER M., *Öffentliches Recht und Privatrecht*, cit., 81, secondo cui «Rechtsdogmatisch kommt es in erster Linie darauf an, die Vorstellung zu überwinden, daß alles Recht oder alle Rechtsverhältnisse nach irgendwelchen Kriterien entweder einem öffentlichen Recht oder einem

Ciò non significa che il diritto delle obbligazioni previsto dal codice civile sia applicabile *tout court* all'attività amministrativa né che i principi generali del diritto amministrativo si applichino acriticamente ai comportamenti dei privati in determinati ambiti (quale ad es. quello dell'economia), ma che diritto pubblico e privato, non più contrapposti, concorrano nella determinazione della disciplina del particolare ambito non in conseguenza dell'aprioristica qualificazione pubblicistica o privatistica del rapporto come pubblico o privato, ma in ragione del criterio di appropriatezza delle regole e dei concetti in relazione al rapporto sostanziale <sup>153</sup>.

---

Privatrecht zugeordnet werden müßten. An die Stelle dieser Zweiteilung müßte ein differenziertes *Gemeinrecht* treten. Soweit der Sache nach bereits gemeinsame Rechtsregeln zwischen dem bestehen, was als öffentliches Recht und Privatrecht bezeichnet wird, genüßtes, diese Gemeinsamkeiten sichtbar zu machen und als *Gemeinrecht* anzuerkennen. Im übrigen müßte ein *Gemeinrecht*, das die Trennung von öffentlichem Recht und Privatrecht überwindet, nach und nach durch Gesetzgebung und Rechtsprechung unter gedanklicher Vorarbeit der Wissenschaft herausgebildet werden. Ein solches *Gemeinrecht* könnte als allgemeines Recht des staatlichen Gemeinwesens für Rechtsverhältnisse ohne Rücksicht darauf gelten, ob an ihnen staatliche Behörden, Selbstverwaltungskörperschaften, gemischt-wirtschaftliche Unternehmen, Parteien, Wirtschaftsverbände, Privatpersonen und Privatunternehmen mit oder ohne öffentliche Funktionen oder Bindungen beteiligt sind. Sachliche Besonderheiten der öffentlichen Verwaltung in ihren verschiedenen Zweigen, rein privater Lebensführung oder ihrer vielfältigen Zwischenformen können durch entsprechende Sonderregeln oder Sonder-Rechtsinstitute angemessen berücksichtigt werden» (enfasi in originale).

<sup>153</sup> BULLINGER M., *Öffentliches Recht und Privatrecht*, cit., 82, «Das *Gemeinrechtsdenken* muß schon bei den allgemeinen Lehren beginnen, die bisher, in Privatrecht und öffentliches Recht geschieden, die Zweiteilung vornehmlich getragen haben. Das bedeutet nicht, daß der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches und seine ebenfalls weithin abstrakt allgemeinen schuldrechtlichen Bestimmungen auf die öffentliche Verwal-



A tale tesi è stata contrapposta una prospettiva meno dirompente, che pur riconoscendo ancora la validità della dicotomia e contestando la possibilità di prospettare un diritto comune, sottolinea la necessità di differenziare il diritto privato in base al grado di rilevanza pubblica o privata di ogni rapporto.

Si propone quindi di ripartire il diritto privato in diversi ambiti funzionali, corrispondenti ad altrettanti rapporti sociali tipici, differenziati in ragione del loro grado di rilevanza pubblica ovvero privata. Maggiore è il grado di rilevanza pubblica, maggiore sarà la rilevanza, accanto ai principi tradizionali riferiti al singolo ed alla sua volontà, dei principi derivanti dal concetto di responsabilità sociale. Laddove anche questi ultimi non siano sufficienti a garantire l'ordinamento politico e sociale, dovrà intervenire il diritto pubblico, in parte ad integrare e sostenere, in parte per delimitare e correggere<sup>154</sup>.

---

tung übertragen oder umgekehrt die allgemeinen Regeln des Verwaltungsrechts unbesehen auf Vorgänge der privaten Wirtschaft angewendet werden könnten. Denn damit wären die Nachteile der begrifflich-konstruktiven Rechtsmethode eher ausgeweitet korrigiert. Vielmehr müssen beide allgemeine Teile in Richtung auf *sachnähere Begriffe und Regeln*, d.h. in enger Anlehnung an die besonderen Rechtsgebiete umgebildet werden. Auf dieser Ebene zeigen sich gemeinsame Rechtsfragen, die besser als Einheit gesehen und gelöst werden als in begrifflicher Trennung» (enfasi in originale).

<sup>154</sup> RAISER L., *Die Zukunft des Privatrechts*, cit., 29 s., «Mein Vorschlag geht also dahin, das Privatrecht nach Funktionsbereichen zu gliedern, die typischen Lebensbereiche unserer Gesellschaft entsprechen, und als Kriterium der Unterscheidung den Grad der Privatheit oder Öffentlichkeit dieser Bereiche zu verwenden. Je stärker der Öffentlichkeitsgehalt in den Vordergrund tritt, desto stärker werden sich bei der Handhabung der Normen und Rechtsinstitute des Privatrechts neben oder anstelle der "klassischen", auf die Einzelperson und ihren Handlungs- und Gestaltungswillen bezogenen Rechtsprinzipien die schon eingangs genannten

Per la prima tesi è pienamente concepibile un ambito disciplinare come il diritto amministrativo privato come anche un diritto privato amministrativo, in quanto ambiti differenziati del diritto comune, per la seconda, più orientata a difendere la tradizione civilistica, è solo concepibile un diritto privato differenziato in relazione all'alta rilevanza pubblicistica dell'ambito, ma non un diritto privato snaturato dall'applicazione di norme e principi pubblicistici.

In realtà tale ultima tesi si fonda su una concezione del diritto amministrativo privato ormai superata: come si avrà modo di osservare, la differenziazione richiesta nell'attività amministrativa di diritto privato connessa al profilo funzionale dell'attività e alla tutela dei terzi richiede la formulazione di criteri che non necessariamente comportano lo snaturamento del diritto privato ad opera del diritto pubblico, ma anzi intendono sfruttare pienamente la funzionalità degli istituti e delle regole del diritto privato.

Ciò che qui preme mettere in evidenza è che diritto pubblico e privato non rappresentano più ambiti contrapposti ed isolati e se confluiscono in un diritto comune permane la necessità di differenziare nuovi ambiti disciplinari in base agli interessi rilevanti nel rapporto, giungendo alla formulazione di criteri che, in una prospettiva funzionale, considerano diritto pubblico e privato come strutture normative in grado di svolgere sullo stesso piano una funzione appropriata alla differenziazione.

---

neueren, vom Gedanken der sozialen Verantwortlichkeit bestimmten Grundsätze zur Geltung bringen. Wo auch diese Grundsätze nicht ausreichen, um die gesellschafts- und wirtschaftspolitisch erwünschte Ordnung herzustellen, muß das öffentliche Recht teils ergänzend und stützend, teils beschränkend und korrigierend eingreifen».

### III.2. I CRITERI ORDINATORI DELLA NUOVA PROSPETTIVA.

Si è potuto osservare che, storicamente, è stato possibile concepire ambiti disciplinari differenziati, come il diritto amministrativo privato, nel contesto di una concezione del diritto amministrativo orientata al rapporto tra cittadino e amministrazione e alla considerazione dei rapporti che si collocano al confine tra diritto pubblico e privato.

Tale prospettiva scompare quando il diritto amministrativo imbocca definitivamente la strada dell'autonomia rispetto alle scienze affini, ma soprattutto rispetto al diritto privato.

Sotto questo profilo, come già anticipato, rimane ancora poco studiato il percorso verso la specialità del diritto amministrativo che si è snodato nel graduale spostamento dell'oggetto degli studi dal rapporto all'attività e all'organizzazione amministrativa.

A metà del XIX secolo la dottrina soleva definire il diritto amministrativo semplicemente come il diritto dei rapporti amministrativi<sup>155</sup>, lasciando la disciplina dell'attività e del-

---

<sup>155</sup> BLOCK M., *Dictionnaire de l'Administration française*, Paris-Strasbourg, 1856, 717, affermava che «le droit administratif est cette partie du droit qui règle les rapports des citoyens avec le services publics et des services publics entre eux». LAFERRIERE M.F., *Cours de droit public e administratif mis en rapport avec le lois nouvelles et précédé d'une introduction historique*, 5 ed., I, Paris, 1860, 333, citando Gérando (cfr. *supra*, nota n. 22), riteneva che «L'administration, du reste, considérée dans son ensemble a deux objets principaux qu'il ne faut pas confondre: l'un concerne l'agencement et le mécanisme des services publics, leur organisation intérieure et détaillée, les rapports respectif des agents supérieurs et inférieurs, l'exécution matérielle, le côté purement technique des différents services; – l'autre concerne les rapports de l'administration avec les citoyens par l'exécution des lois et des décrets, c'est-à-dire les droit et les devoirs réciproques des administrateurs et des administrés. – Le premier objet forme la partie organique réglementaire et technique de l'adminis-

l'organizzazione amministrativa alla scienza dell'amministrazione<sup>156</sup> o ad un non meglio precisato diritto amministrativo in senso lato<sup>157</sup>.

Si riteneva così comunemente che «[l]'amministrazione pubblica può offrire tre diversi studii. Speculativamente considerata, è l'oggetto di una scienza, la quale comprende i

---

tration, le deuxième objet, qui saisit l'administration au moment où elle ce manifeste à l'égard des administrés, constitue, à proprement parler le *Droit administratif*» (enfasi in originale).

<sup>156</sup> LAFERRIERE M.F., *Cours de droit public e administratif*, cit., 334, avvertiva che «[o]n ne doit pas confondre la science administrative avec le droit administratif: la premier comprend à la fois la partie réglementaire et technique de l'administration et droit administratif lui-même, et de plus, les grand principes d'administration et les connaissances accessoires qui forment le véritable administrateur et le préparent aux vues d'amélioration: – le second, beaucoup plus limité dans son objet, comprend les droit respectifs et les obligation mutuelle de l'administration et des administrés».

<sup>157</sup> Osserva BATBIE A., *Précis du Cours de droit public et administratif professé à la Faculté de droit de Paris*, 2 ed., Paris, 1876, 2, che «Le droit administratif, dans son acception la plus large, peut aussi être divisé en deux parties: 1° L'*administration* ou l'étude des divers services administratifs et des relations qui existent entre les agents supérieurs et les agents subordonnés; 2° *Le droit administratif* proprement dit (*sensu stricto*), qui s'occupe des règles par lesquelles sont régis les droits des parties dans leur rencontre avec l'action administrative. Les rapports des particuliers avec les autorités administratives sont déterminés par la loi, les décrets et les règlements. Les instructions et les circulaires ont force obligatoire, mais seulement entre supérieurs et subordonnés. En administration, les circulaires et instructions des agents sont obligatoires pour les agents placés sous leurs ordres. En droit administratif elles n'ont qu'une valeur doctrinale à l'égard des tiers». Qualche anno prima, nel *Traité théorique et pratique de Droit public et administratif*, cit., 25, aveva precisato che «[l]e *droit administratif* se rattache à l'administration et à la police, mais il s'en distingue. Il détermine les limites légal dans lesquelles l'autorité peut se mouvoir, à l'égard des intérêts particuliers» (enfasi in originale).

grandi principii di ragione che debbono informare la gestione dei pubblici affari, e le cognizioni accessorie che fanno il buon amministratore, e preparano le riforme e i miglioramenti: sotto l'aspetto puramente pratico, presenta la cognizione del movimento dei pubblici uffizi, del loro interno organismo, delle relazioni tra i diversi agenti superiori e inferiori, insomma della parte regolamentare e tecnica dell'amministrazione: infine essa forma lo scopo di uno studio speculativo insieme e pratico, quando si contemplano i rapporti tra l'amministrazione e gli amministrati, ossia i diritti e doveri reciproci dell'una e degli altri, in conformità alle leggi esistenti, interpretate colla scorta dei principi generali che debbono regolare l'amministrazione pubblica. Sotto quest'ultimo rispetto si ha il *diritto amministrativo*»<sup>158</sup>.

Per la dottrina del tempo «[s]onovi pertanto nel dritto amministrativo due parti distinte: una scientifica e giuridica, l'altra regolamentare; l'una dove vive l'elemento giuridico scientifico: l'altra dove capeggia l'arte della politica e dell'amministrazione. Egli è per questa prima parte che il diritto amministrativo ha veramente nome e dignità di un *diritto* positivo e scientifico»<sup>159</sup>.

Siffatta definizione, che oggi potrebbe apparire senz'altro "debole", era ritenuta massimamente soddisfacente<sup>160</sup>, poiché

---

<sup>158</sup> GARELLI G.E., *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 1860, 39 (enfasi in originale), il riferimento a Laferrière e Batbie è quasi testuale.

<sup>159</sup> MEUCCI L., *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., 7 s. (enfasi in originale). Anomala anche sotto questo profilo è la posizione di PERSICO F., *Principi di dritto amministrativo*, cit. 62, che nell'ambito della peculiare visione organicistica ammette che «l'insieme delle leggi, atti e istituzioni, rivolti a questo fine, e i rapporti giuridici e sociali che ne risultano, forman l'obbietto del *Dritto Amministrativo*».

<sup>160</sup> La definizione di diritto amministrativo di Block e Laferrière viene testualmente ripresa in Germania da PÖTZL J., *Lehrbuch des Bayerischen*

consentiva di ricostruire il diritto amministrativo secondo le sicure categorie del rapporto giuridico e del diritto soggettivo provenienti dalla millenaria scienza civilistica <sup>161</sup>.

Ma si tratta di due categorie ordinanti che, entrate in crisi nel pensiero giuridico generale della prima metà del secolo scorso <sup>162</sup>, si eclisseranno quando la scienza del diritto ammi-

---

*Verwaltungsrechts*, München, 1856, § 1, e ritenuta la migliore delle definizioni tedesche di diritto amministrativo da STEIN L., *Lehre von der vollziehenden Gewalt*, Stuttgart, 1865, 28.

<sup>161</sup> In Italia, sulle orme di Stein, la definizione di Block e Laferrière è ripresa da LONGO A., *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi e il Diritto Amministrativo Italiano*, cit., 243.

<sup>162</sup> PALAZZOLO S., *Rapporto giuridico*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, 289 ss., in part. 292, ove si constata che «la crisi del concetto di rapporto giuridico ha avuto inizio immediato, anche se la pandettistica ne ha fatto la chiave di volta del sistema» quando il rapporto è stato «trasferito dal momento anteriore della norma a quello successivo, in una realtà giuridico-dogmatica costruita in base agli effetti del sistema normativo». Nello stesso senso anche STANZIONE P., *Rapporto giuridico (diritto civile)*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 1991, 1. Alla concezione spiccatamente intersoggettiva del rapporto giuridico della dottrina del XVIII (BLACKSTONE W., *Commentaries on Laws of England*, I, London, 1765, 146, ancora estraneo all'idea della personalità giuridica dello Stato, William Blackstone definiva il diritto pubblico come l'insieme dei rapporti giuridici privati e pubblici tra il Monarca e sudditi) e XIX secolo (anche per la scuola storica il concetto di rapporto giuridico esprime la relazione di conflittualità tra gli individui che crea la regola di diritto necessaria a comporre il conflitto, in quanto «ogni diritto esiste a causa della libertà insita in ogni uomo» GRÖSCHNER R., *Das Überwachungsrechtverhältnis. Wirtschaftsüberwachung in gewerbepolizeirechtlicher Tradition und wirtschaftsverwaltungs-rechtlichem Wandel*, Tübingen, 1992, 68 ss. ove ult. rif., mentre sarà BIERLING E.R., *Juristische Principienlehre*, Freiburg-Leipzig-Tübingen, 1894, ad elevare il rapporto giuridico a categoria fondamentale dell'ordinamento giuridico), la scuola di Vienna contrappone una concezione del rapporto giuridico ridotta alla relazione tra i soggetti e l'ordinamento Kelsen H., *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, cit.,

nistrativo pretenderà la propria autonomia e si spingerà alla conquista dei terreni prima lasciati, per un verso, al diritto pubblico generale e, per altro verso, alla scienza dell'amministrazione<sup>163</sup>.

Si trattava di guadagnare terreno rispetto al diritto pubblico generale sul piano dell'organizzazione e dell'attività amministrativa, di talché la marginalizzazione del rapporto era

---

706; ID., *Das Problem der Souveränität*, 1920, 125: «Il rapporto è il rapporto verso l'ordinamento giuridico, meglio – all'interno dell'ordinamento giuridico – non già rapporto tra soggetti contrapposti all'ordinamento giuridico». Tale concezione trova seguito anche nella dottrina italiana dell'inizio del secolo scorso che pone il rapporto giuridico tra soggetto e ordinamento: «tutte le volte che l'individuo, volontariamente o non, entrerà in una delle condizioni previste dall'ordinamento giuridico, esisterà un rapporto giuridico, un rapporto, cioè tra l'individuo e le norme giuridiche» CICALA F.B., *Il rapporto giuridico*, 2 ed., Firenze, 1935, 15. La svolta più radicale è compiuta da Kelsen nella *Dottrina pura del diritto*, in cui il concetto di rapporto giuridico, alla quale è dedicata un'apposita sezione, è trattato alla luce della fondamentale distinzione tra *Sollen* e *Sein* e della impermeabilità tra forma e realtà. Il rapporto giuridico viene colto nell'ordinamento giuridico ove i soggetti, anch'essi frutto dell'ordinamento, sono centri di imputazione dei doveri scaturenti dalle norme nell'ambito del *Sollen*, con la conseguenza che tra i soggetti non vi è un rapporto diretto, in quanto tra dovere e diritto non c'è un rapporto diretto, ma una relazione indiretta. La relazione tra i soggetti, intesa come realtà relazionale rimane estranea al rapporto giuridico, relegata nell'ambito del *Sein*, KELSEN H., *Reine Rechtslehre*, cit., 44. Nel sistema kelseniano l'unico rapporto giuridico è quello tra soggetto e norma, dove il soggetto è anch'esso una creatura normativa, mentre il rapporto tra soggetti è necessariamente un rapporto riflesso o indiretto: lo stesso diritto soggettivo scompare perché è un riflesso del dovere altrui (*ivi*, 46 ss.).

<sup>163</sup> Sia la definizione di Block che quella di Laferrière sono vivamente contestate da ORLANDO V.E., *Principii di diritto amministrativo*, 5 ed., Firenze, 1921, 6. V. anche CODACCI PISANELLI A., *Come il diritto amministrativo si distingue dal diritto costituzionale e che sia la scienza dell'amministrazione*, Prolusione, in *Il Filangieri*, 1887.

indispensabile per segnare il distacco da quella scienza.

Il rapporto non appare idoneo perché troppo generale e affine al diritto costituzionale e perché non riesce a spiegare l'oggetto proprio del diritto amministrativo, ossia la visione dinamica dell'attività dello Stato nel perseguimento dei propri fini <sup>164</sup>.

Vi è poi l'esigenza di affermare la rilevanza giuridica dell'attività e dell'organizzazione amministrativa al fine di contrastare l'espansione della scienza dell'amministrazione <sup>165</sup>: anche in questa direzione il rapporto è ritenuto inidoneo a tale compito perché si appalesa un modello statico, incapace di rappresentare la complessità dell'organizzazione e il dinamismo dell'amministrazione.

Al definitivo abbandono della prospettiva del rapporto giuridico concorre l'affermarsi delle teorie istituzionaliste,

---

<sup>164</sup> ORLANDO V.E., *Principii di diritto amministrativo*, cit., 7, osserva che «L'idea di "rapporti fra cittadini e lo Stato" è certamente più comune allo studioso delle nostre discipline; ma d'altra parte essa è comune anche la diritto costituzionale di cui tutta una parte importantissima, cioè la così detta teoria della libertà, ha per suo contenuto appunto questo dei rapporti fra cittadini e Stato», concludendo «[q]uanto poi ai rapporti fra cittadini e l'amministrazione, essi [...] non sono davvero se non una delle sezioni della scienza nostra e neppure la più caratteristica».

<sup>165</sup> Sul punto significativa è la polemica di Orlando (*Principii di diritto amministrativo*, cit., 24 ss.) contro le tesi espansionistiche di FERRARIS C.F., *Saggi di economia, statistica e scienza dell'amministrazione*, Torino, 1880. Sul punto va notato che Orlando utilizza i risultati magistralmente ottenuti da Stein sulla giuridicità della *innere Verwaltung* (*Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts: mit Vergleichung der Literatur und Gesetzgebung von Frankreich, England und Deutschland*, I, cit., *passim*) tacendo la circostanza che tale prospettazione si fonda sulla concezione rapportuale del diritto amministrativo di Block e Larerrière, espressamente lodati da Stein (cfr. *supra*, n. 160) ed altrettanto esplicitamente contestati dallo stesso Orlando qualche pagina prima (*ivi*, 6 ss.).



che muovono proprio dall'inadeguatezza del modello del rapporto giuridico, ereditato dalla sistematica civilistica, a spiegare la complessità del fenomeno giuridico<sup>166</sup>, cosicché il diritto amministrativo diventa il diritto dell'organizzazione amministrativa<sup>167</sup> e su questo crinale si specializza definitivamente rispetto al diritto privato<sup>168</sup>.

---

<sup>166</sup> ROMANO S., *L'ordinamento giuridico*, cit., 87, che criticate le teorie che ricostruiscono il diritto sia come insieme di norme che come insieme di rapporti giuridici, stigmatizza l'«errore, che si ripete in molti campi del diritto pubblico e talvolta, del diritto privato. Di non dare rilievo giuridico all'ordinamento in cui un'istituzione si concreta, se non in quanto esso riflette i rapporti fra più subietti. Una delle più assurde conseguenze, che si trae da tale concezione [...] è quella che nega carattere giuridico alle relazioni fra lo Stato e i suoi organi» le quali «si traducono in atti che hanno qualche valore pei sudditi, allora non soltanto tali atti – si noti bene – ma anche i rapporti interorganici, che li hanno preparati e preceduti, acquisterebbero importanza pel diritto: un'importanza, come si vede, indiretta e di straforo, un'ombra di vita, anzi una momentanea galvanizzazione» e «il giurista li vede e non può non vederli, ma egli, che del diritto si è formato un'idea, da cui non pensa di allontanarsi, crede che siano ombre vane fuor che nell'aspetto».

<sup>167</sup> ROMANO S., *L'ordinamento giuridico*, cit., 98, secondo cui il «diritto amministrativo, prima di disciplinare i rapporti che nascono dalla funzione amministrativa, è il diritto che stabilisce l'organizzazione degli enti che la esercitano».

<sup>168</sup> Come correttamente osserva BOBBIO N., *Dalla struttura alla funzione*, cit., 133, «La teoria del diritto come rapporto tra due soggetti aveva tenuto il campo fino a che la teoria generale del diritto era stata modellata sul diritto privato: la teoria dello Stato come persona giuridica, che aveva permesso l'applicazione del concetto di rapporto giuridico al rapporto tra individui e stato, era stata un tentativo di costruire la dogmatica del diritto pubblico a immagine e somiglianza di quella del diritto privato. Quando entrarono in lizza i pubblicisti, sempre più insofferenti all'antico giogo, l'immagine del diritto come rapporto intersoggettivo fu rapidamente offuscata e sostituita dall'istituzione: per chi aveva a che fare con la realtà del-

Così il rapporto amministrativo scompare dalle definizioni del diritto amministrativo in uso agli inizi del XX secolo, ancora condivise<sup>169</sup>, orientate tutte alla funzionalità dell'attività amministrativa e alla giuridicità dell'organizzazione amministrativa, ma prive di reale riferimento alla soggettività delle relazioni che si istaurano nell'ambito dell'agire amministrativo<sup>170</sup>.

La successiva dottrina che ha coltivato tale prospettiva ha avuto grandi ed innegabili meriti nel riportare sotto il diritto i fatti amministrativi, ma ciò è avvenuto per mezzo di costruzioni della funzionalità dell'attività amministrativa e della tutela dei singoli inconciliabili con il diritto privato, generando le riferite soluzioni verticalistiche e dualistiche che ancora oggi caratterizzano la disciplina dell'attività privatistica dell'amministrazione.

---

lo stato il fenomeno più imponente di cui doveva tener conto era l'apparato organizzativo, un insieme di regole la cui funzione non era tanto quella di dividere parte da parte, ma di mettere in relazione le parti con il tutto».

<sup>169</sup> Secondo la nota definizione di ORLANDO V.E., *Principii di diritto amministrativo*, cit., 9 s., il diritto amministrativo è «il sistema di quei principii giuridici che regolano l'attività dello Stato pel raggiungimento dei suoi fini» (enfasi in originale), che lo stesso A. afferma recepire la definizione di Loening (cfr. *supra*, nota n. 35).

<sup>170</sup> Fallirà così il tentativo di LONGO A., *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi e il Diritto Amministrativo Italiano*, cit., 244, di coniugare la concezione del diritto amministrativo di Loening-Orlando con la rilevanza del rapporto amministrativo, osservando che se pure tale definizione non accenna espressamente «a questi rapporti fra l'amministrazione e i privati, implicitamente riconosce in questi materia uno degli obietti precipui del diritto amministrativo. Difatti, quando la ragione di questa scienza si fa consistere nella teoria giuridica dell'attività dello Stato diretta al conseguimento dei fini di esso, ben si comprende come questa attività non possa non venire in molteplici rapporti con una serie indefinita ed innumerevole di interessi dei cittadini».

Da qualche tempo il rapporto giuridico ha trovato nuova vitalità, affrancandosi dall'immagine di mero riflesso della norma in cui lo aveva ricacciato la dottrina normativistica e dimostrando l'idoneità a rappresentare la complessità del fenomeno giuridico<sup>171</sup>.

La dottrina ha saputo poi enucleare il modello del rapporto amministrativo, in grado di rappresentare il *proprium* dei rapporti cui partecipa l'amministrazione, secondo una concezione del diritto amministrativo non più solo provvedimentale, ma anche relazionale<sup>172</sup>.

Ma soprattutto, con l'affermarsi della prospettiva funzio-

---

<sup>171</sup> Raggiungendo l'acme nella formulazione della nota teoria dell'ordinamento giuridico come «ordinamento di rapporti giuridici»: ACHTERBERG N., *Die Rechtsordnung als Rechtsverhältnisordnung. Grundlegung der Rechtsverhältnistheorie*, Berlin, 1982, ove numerosi riferimenti alla giurisprudenza analitica di Hart e alle teorie sistemiche di Luhmann.

<sup>172</sup> Cfr. HÄBERLE P., *Das Verwaltungsrechtsverhältnis – eine Problemskizze*, in *Die Verfassung der Pluralismus. Studien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Regensburg, 1980, 248 ss., in part. 250, secondo cui il rapporto amministrativo rappresenta un «neuen archimedischen Bezugspunkt des Verwaltungsrechts “im G.G.”», nonché BACHOF O., *Die Dogmatik des Verwaltungsrecht vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung des Deutschen Staatsrechtslehrer*, Vol. 30, Berlin, 1972, 193 ss., 231 ove si afferma che «Verdrängt wurde damit die Einsicht, damit die Einsicht, daß der Verwaltungsakt nur ein Momentaufnahme innerhalb sich entwickelnder Beziehungen darstellt; daß er ein *Rechtsverhältnis* begründet, verändert oder beendet, und daß diese Rechtsverhältnis für eine materiellrechtliche Betrachtungsweise viel wichtiger und interessanter ist als Verwaltungsakt – zumal es ja zahlreiche Verwaltungsrechtsverhältnisse gibt, die auf ganz andere Weise begründet, verändert oder beendet werden als durch Verwaltungsakte. Daraus allein wird schon deutlich, daß das Rechtsverhältnis ein viel umfassenderes Institut ist als Verwaltungsakt. Wenn *ein* Begriff und wenn *ein* Institut eine beherrschende, meinetwegen auch “zentrale” Stellung im Verwaltungsrecht einzunehmen verdienen».

nalistica, il rapporto giuridico torna ad essere il terreno di incontro tra diritto pubblico e privato, il criterio su cui costruire la differenziazione di ambiti disciplinari a fronte dell'inesorabile affermarsi del diritto comune sulle macerie della grande dicotomia, il modello su cui ricostruire il diritto a fronte della globalizzazione.

In tale rinnovato contesto, si ritiene utile e giustificato proporre la definizione di ambiti disciplinari differenziati al di là e al di fuori della distinzione tra diritto pubblico e privato, verificandone i risultati con particolare riferimento all'attività di diritto privato dell'amministrazione.

Riferito al rapporto, il complemento "amministrativo" è volto ad indicare gli elementi che determinano la differenziazione e che sono ricavabili dalla nozione già prospettata in altra sede<sup>173</sup>, ovvero l'elemento soggettivo, rappresentato dalla tutela dei diritti fondamentali dei privati, e quello teologico, costituito dalla funzionalità dell'attività amministrativa.

Il rispetto della differenziazione richiede criteri e principi che possono essere ricavati dall'operare congiunto delle due strutture normative che tradizionalmente costituiscono il diritto pubblico e il diritto privato.

Nella prospettiva qui accolta, non si tratta di operare sovrapposizioni tra diritto pubblico e diritto privato o altro tipo di alterazioni, ma di individuare regole in grado di comporre gli interessi sostanziali in gioco sfruttando pienamente la funzionalità delle due strutture normative.

---

<sup>173</sup> Si è definito il rapporto amministrativo come «sistema proiettato nel tempo delle relazioni giuridicamente rilevanti, bipolari e multipolari, esterne e interne, che si instaurano tra pubbliche amministrazione e privati in relazione all'esercizio della funzione amministrativa e alla tutela dei diritti fondamentali» cfr. PROTTO M., *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008.

Non sembra quindi possa obiettarsi si tratti di un *tertium genus* rispetto al diritto pubblico e privato o dell'ennesima versione di un "diritto privato speciale", poiché non solo si tratterebbe di un ragionamento di tipo dicotomico, ormai superato, ma proprio perché è diversa la premessa fondamentale: la grande dicotomia si è ormai disciolta in un diritto comune, nell'ambito del quale è possibile e necessario individuare ambiti disciplinari differenziati.



## CAPITOLO IV

# LA SOGGETTIVITÀ

SOMMARIO: IV.1. Globalizzazione e nuove soggettività. – IV.2. Le basi comuni nelle prime teorizzazioni dei diritti pubblici soggettivi e il successivo allontanamento. – IV.3. L'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali nel diritto privato. – IV.4. La neutralità del paradigma normativo. – IV.5. L'efficacia dei diritti fondamentali nel nuovo ambito disciplinare.

### IV.1. GLOBALIZZAZIONE E NUOVE SOGGETTIVITÀ.

Se condivisa è la constatazione dell'inadeguatezza del costituzionalismo contemporaneo di fronte alla globalizzazione, ancora troppo legato ad una visione stato-centrica<sup>174</sup>, diverse sono invece le tesi che intendono rispondere alla sfida del costituzionalismo senza Stato.

La globalizzazione non è certo un fenomeno che interessa solo l'economia, poiché il carattere naturalmente policentrico della globalizzazione coinvolge necessariamente molteplici sottosistemi della vita sociale, alcuni dei quali tradizional-

---

<sup>174</sup> GRIMM D., *The achievement of Constitutionalism and Its Prospects in a Changed World*, cit., 3 ss.; FRIED C., *Constitutionalism, Privatization, and Globalization*, cit., 1091 ss.

mente governati secondo una logica pubblicistica all'interno degli Stati, come la scienza, la cultura, la tecnologia, la salute, il settore militare, i trasporti, il turismo e lo sport, ed inoltre, sebbene con un certo ritardo, la politica, il diritto e il *welfare*.

Tali sottosistemi, ormai globalizzati, stanno sviluppando un'esorbitante richiesta di norme giuridiche e, poiché le tradizionali istituzioni nazionali o internazionali non riescono a far fronte a tale richiesta, essa viene soddisfatta attraverso un autonomo ricorso al diritto ossia alla creazione di «regimi giuridici privati a carattere globale», con proprie fonti del diritto, che si situano al di fuori delle sfere di produzione normativa nazionale e dei trattati internazionali.

Destinato a fallire il tentativo di elaborare un'unica Costituzione applicabile a livello globale<sup>175</sup> si prospetta quindi la creazione di molteplici e differenziate «costituzioni civili» nell'ambito di un diritto globale senza Stato<sup>176</sup>.

Tale frammentazione costituzionale pone la necessità di generalizzare l'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali nell'ambito di rapporti che ormai, a livello globale, hanno solamente natura privatistica, ma, più ancora, attribuire ai diritti fondamentali cittadinanza globale e una dimensione istituzionale.

Secondo alcuni osservatori, la fonte dei diritti fondamentali nel diritto globale sarebbe costituita dalla *colère publique*<sup>177</sup>: tale osservazione trova conferma nella prassi, per la

---

<sup>175</sup> Tesi accolta, tra gli altri, anche da filosofi politici come HABERMAS J., *La costituzionalizzazione del diritto internazionale ha ancora una possibilità*, in ID., *L'Occidente diviso*, Roma-Bari, 2005, 107 ss.

<sup>176</sup> TEUBNER G., *Nuovi conflitti costituzionali. Norme fondamentali dei regimi transnazionali*, Milano, 2012, *passim*.

<sup>177</sup> DURKHEIM E., *La divisione del lavoro sociale*, Torino, 1999, 99 ss.



quale lo scoppio di uno scandalo sulle pratiche discutibili delle imprese multinazionali determina diffusi movimenti di protesta e, in alcuni casi, ha condotto giudici nazionali ed internazionali a riconoscere tutela ad individui anche nei confronti di attori privati multinazionali<sup>178</sup>.

Peraltro, la logica per così dire “curiale”, ossia il ritenere che comunque vi sarà un giudice che, nell’ambito di una controversia, potrà tutelare il diritto dell’individuo nei confronti di una multinazionale, si appalesa insoddisfacente perché all’interno di un procedimento giudiziario, risulta del tutto inadeguato confrontare un diritto fondamentale dell’individuo contro una multinazionale.

Infatti, in tale logica, si dovrebbe concludere che i diritti fondamentali non avrebbero statuto fin dall’inizio, ma solo in ragione della loro violazione e della conseguente reazione di indignazione e, infine, della sanzione giudiziaria.

Nell’ambito di costituzioni civili auto-prodotte a livello globale è necessario spostare l’effettività del diritto fondamentale dal carattere episodico dei rapporti interpersonali al superiore livello istituzionale, affinché tale diritto diventi esso stesso limite e criterio funzionale per l’esercizio di poteri da parte degli attori transnazionali.

Pare abbastanza evidente che, pur cercando di rimanere nell’ambito del diritto privato, si venga ad affermare un’effettività dei diritti fondamentali che un tempo era riconosciuta ai diritti pubblici soggettivi, almeno nelle prime teorizzazioni, in cui all’altro polo non vi era il pubblico come autorità, ma

---

<sup>178</sup> Cfr. *amplius* la casistica riportata in OLIVER D.-FEDTKE J. (cur.) *Human Rights and the Private Sphere: A Comparative Study*, New York, 2007; DE SCHUTTER D. (cur.), *Transnational Corporations and Human Rights*, Oxford, 2006; JOSEPH S., *Corporations and Transnational Human Rights*, Oxford, 2004.

una situazione di obbligo nell'ambito di un rapporto che implica interessi generali.

Del resto, come si è già avuto di modo di osservare, proprio questa prima teorizzazione dei diritti pubblici soggettivi aveva anticipato l'affermazione dell'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali tra soggetti privati.

#### IV.2. LE BASI COMUNI NELLE PRIME TEORIZZAZIONI DEI DIRITTI PUBBLICI SOGGETTIVI E IL SUCCESSIVO ALLONTANAMENTO.

Come noto, la teoria dei diritti pubblici soggettivi nasce intorno alla metà del XIX secolo come reazione all'antica concezione della sovranità come diritto personale e patrimoniale del principe e in aperta polemica con il volontarismo radicale francese, che individuava la sovranità nella somma di volontà individuali<sup>179</sup>.

Essa è il primo corollario del riconoscimento della personalità giuridica dello Stato, che conduce a configurare come diritti pubblici soggettivi i diritti alla partecipazione diretta o indiretta dei sudditi all'indirizzo della cosa pubblica, nell'ambito peraltro della ristretta sfera di rapporti riconducibili al diritto costituzionale.

Attingendo dalle coeve categorie privatistiche del rapporto

---

<sup>179</sup> Sebbene i diritti pubblici soggettivi si fossero attuati nella prassi da molto tempo (cfr. RICHTER L., *Das subjektive öffentliche Recht*, in *AöR*, 1925, 42; BÜHLER O., *Zur Theorie subjektiven öffentlichen Rechts*, in *Festsache für F. Fleiner*, Tübingen, 1927, 30 ss.), si fa risalire alla fondamentale opera di GERBER C.F., *Über öffentliche Rechte*, cit., la prima formulazione dottrinale, anche se, come nota ROMANO S., *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, cit., la *vis polemica* di Gerber verso le dottrine giusnaturalistiche ha nuociuto alla chiarezza espositiva.

giuridico e del diritto soggettivo, non stupisce che la prima teorizzazione dei diritti pubblici soggettivi ne costituisse conclusivamente la negazione, relegandoli a conseguenze di fatto o riflessi del diritto oggettivo.

Se, infatti, il diritto soggettivo era inteso come potestà o signoria della volontà<sup>180</sup>, non poteva che derivarne la negazione nel diritto pubblico, in cui tutta la materia era ritenuta estranea ed indipendente dalla volontà individuale e ancorata alla signoria dello Stato che si identifica nel diritto obiettivo<sup>181</sup>.

---

<sup>180</sup> Così WINDSCHEID B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt, 1862, § 37, ove il diritto soggettivo è definito come «eine von der Rechtsordnung (dem objektiven Recht) verliehene Willensmacht oder Willensherrschaft». Nelle successive edizioni della fondamentale opera, sotto l'influenza di altre dottrine, ebbe ad affermare il diritto soggettivo come riflesso sul singolo della volontà dell'ordinamento oggettivo, sostenne cioè che «der im subjektiven Recht gebietende Wille nur der Wille der Rechtsordnung ist, nicht der Wille des Berechtigten». Accolgono la teoria della «volontà» anche SAVIGNY F.C., *System des heutigen römischen Rechts*, I, Berlin, 1840, e gli altri esponenti della scuola storica.

<sup>181</sup> SCHUPPE W., *Der Begriff des subjektiven Rechts*, Breslau, 1887, 87 s. Lo stesso GNEIST R., *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland*, 2 ed., Berlin, 1879, 270 s., fautore della natura oggettiva della giurisdizione amministrativa, negava l'esistenza di diritti pubblici soggettivi in capo ai privati, ritenendo il diritto amministrativo «un ordinamento obiettivo» che deve essere esercitato ed applicato anche indipendentemente delle pretese di parte, per il pubblico bene e per il diritto, di talché il diritto del ricorrente ha solo un ruolo secondario: «Das Parteirecht erscheint daher in diesem Gebiet nur als ein secundäres, aus dem öffentlichen Recht abgeleitetes, analog wie die formelle Parteistellung des Anklägers und Angeklagten im Strafverfahren sich secundär dem absoluten Gebote der sinngemässen Anwendung des Strafgesetzes unterordnet. Jene Beschwerderechte sind keine selbständigen Individualrechte, wie Eigenthum und Familienrecht, welche um das Individuum willen anerkannt werden. Wie im Strafprocess die Parteirechte nur subjective Seiten

Inoltre, risultava inconcepibile un diritto del cittadino verso lo Stato, se questo, inteso come un tutto organico, indistinto rispetto all'ordinamento giuridico, era sempre nella condizione di eliminarlo attraverso l'esercizio del potere legislativo<sup>182</sup>.

Si giunge quindi alla compiuta formulazione del diritto pubblico soggettivo, quando, da una parte, si diffonde la teoria del diritto soggettivo come interesse giuridicamente protetto<sup>183</sup> e, dall'altra, si afferma la separazione delle funzioni

---

des Verhältnisses sind; und wie man im Strafverfahren das Recht des Angeklagten auf ein gerechtes Mass der Strafe innerhalb des Gesetzes nicht als ein selbständiges "Individualrecht" behandeln kann: so wenig wird man die Verwaltungsjurisdiction in publicistische Individualrechte und Einzelklagen auflösen können, ohne der Sache Gewalt anzuthun. Wenn man dagegen sagt, Voraussetzung jeder Rechtssprechung sei, dass zwei "Subjecte" über den Umfang ihres Rechtskreises mit einander streiten, jede Rechtssprechung also nur zu denken als ein Schutz "subjectiver Rechte": so ist dies eine civilistische petitio principii. Innerhalb des Strafrechts, wie innerhalb des öffentlichen Rechts überhaupt, giebt es auch formelle Partierollen, die aus dem Interesse der Betheiligten formirt werden, um ein rechtliches Gehör zu construiren, ohne dass damit ein Recht und Gegenrecht einander auf gleicher Linie gegenüber gestellt würden» (271).

<sup>182</sup> BORNHAK C., *Preussisches Staatsrecht*, I, Freiburg, 1886, 240.

<sup>183</sup> Con la cosiddetta teoria del diritto soggettivo come «rechtlich geschützte Interessen» di JHERING R., *Der Geist des römischen Rechts*, III, 3 ed., Leipzig, 1877, § 60-61, 317 s.; ID., *Passive Wirkungen der Rechte in Jahrbücher für Dogmatik*, X, 1871, 392 ss., ove la considerazione che «nicht der Wille oder die Macht bildet die Substanz des Rechtes, sondern der Nutzen – die Bedeutung des Willens erschöpft sich lediglich darin, dass er die Zweckbestimmung Rechts für das Subjekt vermittelt, die der Macht, welche das Recht ihm gewährt, darin, dass er rechtlich daran nicht gehindert wird»; analoga la tesi di DERNBURG H., *Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens*, vol. I, 2 ed., Halle, 1901, § 41. Le critiche rivolte anche a tale tesi, hanno determinato la formulazione di teorie miste, in cui si attribuisce pari importanza all'elemento formale della

dello Stato e il suo assoggettamento all'ordinamento giuridico<sup>184</sup>: diventa quindi possibile configurare diritti pubblici soggettivi con riferimento all'attività esecutiva dello Stato.

Al di là delle diverse definizioni, la teoria del diritto pubblico soggettivo si fonda sul rapporto tra il cittadino e lo Stato, che è giuridico in quanto si intreccia tra soggetti con reciprocità di diritti e di doveri, giacché – si riteneva – un ordinamento che attribuisca diritti ad un soggetto soltanto è giuridicamente inammissibile.

Inizialmente, quindi, il rapporto amministrativo non è concepito diversamente dal diritto privato e il diritto pubblico soggettivo si caratterizza, rispetto alla figura generale, in ragione del grado di rilevanza dell'interesse generale nel riconoscimento da parte dell'ordinamento dell'interesse individuale<sup>185</sup>, che peraltro non determina un'alterazione genetica

---

volontà e a quello materiale dell'interesse: CROME C., *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, Tübingen-Leipzig, 1900, I, 162 ss.; BERNATZIK E., *Kritische Studien über den Begriff der juristischen Person und über die juridische Persönlichkeit der Behörden insbesondere*, in *AöR*, 1890, 169, in part. 233; MERKEL A., *Juristische Enzyklopädie*, 7 ed., Berlin-Leipzig, 1922, § 150; V. TUHR A., *Bürgerliches Recht, Allgemeiner Teil*, vol. I, 2 ed., Berlin, 1926, 53 ss.; ENNECCERUS L., *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, vol. I, 28-29 ed., Marburg, 1928, I, 1, § 65, II.

<sup>184</sup> MAYER O., *Deutsches Verwaltungsrecht*, cit., 78 s.; HERRNRITT H.-R., *Grundlehren des Verwaltungsrechts*, Tübingen, 1921, 72.

<sup>185</sup> JELLINEK G., *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, cit., 49 s., «Jedes Individualinteresse findet rechtliche Anerkennung nur dann, wenn diese Anerkennung auch im Gemeininteresse geboten ist. Kein rechtliches Einzelinteresse, das nicht in Beziehung zum Gemeininteresse stünde. Allein der Grad dieser Beziehung kann sehr verschieden sein. Dadurch sondern sich die Einzelinteressen in solche, welche überwiegend um der individuellen Zwecke willen von denen, die überwiegend um der Gemeinziecke willen konstituiert sind. Ueberwiegend im Gemeininteresse anerkanntes individuelles Interesse ist Inhalt öffentlichen Rechtes. Ueberwie-

del rapporto amministrativo o del diritto pubblico soggettivo rispetto alle categorie civilistiche<sup>186</sup>.

Ciò perché il criterio discreitivo tra diritto pubblico e privato è ancora fondato sulla distinzione ulpiana tra interesse generale ed interesse particolare<sup>187</sup>, che non produce riparti-

---

gend im Gemeininteresse wird aber dem einzelnen ein Interesse zugebilligt nicht als isolierter Persönlichkeit, sondern als Glied des Gemeinwesens. Demnach ist seiner materiellen Seite nach subjektives öffentliches Recht solches, welches den einzelnen wegen seiner gliedlichen Stellung im Staate zusteht».

<sup>186</sup> Cfr. la dura critica di JELLINEK G., *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, cit., 19, alle tesi di STÖRK F., *Zur Methodik des öffentlichen Rechts*, Wien, 1885, 76, secondo cui i rapporti di diritto pubblico avrebbero una figura individuale del tutto diversa da quelli di diritto privato.

<sup>187</sup> Secondo MAJORANA D., *La concezione giuridica delle scienze di Stato con speciale riguardo ai rapporti fra il diritto amministrativo ed il diritto privato*, Roma, 1899, 90, «La lunga elaborazione successiva si può dire che non ha aggiunto nulla alla sostanza di questi concetti» occorrendo identificare proprio nello scopo del diritto e nel suo differente atteggiarsi il vero elemento distintivo, in grado di costituire la linea di demarcazione fra pubblico e privato, in quanto elemento capace di reagire sulla determinazione sia dei soggetti che degli oggetti del rapporto giuridico. Anche in questo caso, la dottrina tedesca offriva valido supporto teorico: cfr. SAVIGNY F.C., *System des heutigen römischen Rechts*, I, cit., § 9, 22 ss., il quale, sotto l'influsso delle idee ulpiane, afferma appunto che il diritto pubblico si distingue dal privato, in quanto il primo ha per oggetto il popolo organicamente inteso, mentre il secondo comprende il complesso dei rapporti giuridici che riguardano gli individui come singoli («welche den einzelnen Menschen umgehen, damit er in ihnen [Rechtsverhältnissen] sein inneres Leben führe und zu einer bestimmten Gestalt bilde»). Nel primo, mentre il tutto politico-statale appare come scopo, il singolo ha una posizione subordinata e sottoposta (*Untergeordnet*): nel diritto privato il singolo è scopo a sé stesso (*für sich Zweck ist*) ed ogni rapporto giuridico si presenta soltanto come mezzo per il suo essere (*Dasein*) o per le sue particolari condizioni (*Zustände*). Così ENDEMANN F., *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Einführung in das Studium des bürgerlichen Ge-*

zioni dicotomiche della materia, e specialmente perché si individua il terreno elettivo del diritto pubblico soggettivo in quei rapporti tra privato e amministrazione in cui è assente l'elemento dell'imperio.

In quei rapporti, cioè, che la dottrina più antica ascriveva alla sfera patrimoniale dello Stato e risolveva con la ambigua figura del *fiscus*, che ora viene sottoposta a severa critica sia per lo sdoppiamento della personalità pubblica che soprattutto per l'appiattimento nella dimensione patrimoniale di tutti quei rapporti in cui è estraneo l'*imperium*.

Del resto, come si è potuto osservare, questo è il punto di attacco della neonata scienza del diritto, che muoveva proprio dalla critica alla ripartizione tra rapporti di diritto pubblico, intesi come rapporti di imperio, e rapporti patrimoniali, con il preciso intento di valorizzare quella vasta serie di rapporti che, pur estranei alla logica dell'imperio, si connotano per la rilevanza dell'interesse pubblico.

In siffatta prospettiva, almeno inizialmente, la pubblicità del diritto soggettivo e del rapporto non esclude il concorso disciplinare del diritto privato e si ricorre alla figura del diritto civile amministrativo proprio per indicare il novero di quei rapporti con l'amministrazione che non sono suscettibili di essere ricondotti all'una o all'altra sottoclasse della dicotomia.

Si riconosce così che nel campo dell'attività sociale, lo Stato non è mosso da fini esclusivamente patrimoniali, ma da interessi generali e che nell'ambito di tale attività nascono

---

*setzbuchs*, I, 8 ed., Berlin, 1910, 25 ss., «Das Recht das den Interessen der Einzelnen dient ist privates: dasjenige aber, welches auf die Staatswohlfahrt abzielt, ist öffentlich». Fra i pubblicisti, MEYER-ANSCHUETZ G., *Lehrbuch des deutschen Staatsrecht*, München-Leipzig, 1910, 37 s., «die Privatrechte dienen den eigenen Interessen des berechtigten Subjekts», mentre «die öffentlichen Rechte werden in öffentlichen Interesse geschaffen».

rapporti «che riuscirebbe impossibile qualificare con alcune delle vecchie e rigide formule. Non si potrebbe riferirli al diritto pubblico, poiché nell'essenza di tali istituti non è necessariamente compresa quell'esplicazione di poteri sovrani che costituisce per l'appunto l'ipotesi del diritto pubblico. Non si potrebbe riferirli al diritto privato per la ragione che si è detta, cioè che il fine che anima quegli istituti non è un interesse singolare ma bensì quello generale di tutto il popolo»<sup>188</sup>.

Ed è proprio questo l'ambito in cui «più facilmente può verificarsi l'ipotesi di un conflitto fra l'interesse privato e l'azione amministrativa; e qui, quando le altre condizioni concorrano, può sorgere la nozione del diritto pubblico subbiiettivo»<sup>189</sup>.

Si osserva ancora che, proprio nell'ambito dei rapporti di confine tra diritto pubblico e privato, il criterio sostanziale della rilevanza dell'interesse pubblico nel rapporto può non essere decisivo, in guisa che ciò che conta è solo il profilo formale della qualificazione del rapporto impressa dal legislatore<sup>190</sup>.

Tale conclusione è riferita proprio all'attività contrattuale dell'amministrazione, prendendo ad esempio i contratti amministrativi, con riferimento ai quali si osserva che, pur trattandosi di negozi di diritto privato conclusi dall'amministra-

---

<sup>188</sup> LONGO A., *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi e il Diritto Amministrativo Italiano*, cit., 253.

<sup>189</sup> LONGO A., *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi e il Diritto Amministrativo Italiano*, cit., 254.

<sup>190</sup> JELLINEK G., *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, cit., 59, «Bei der Continuität des durch Begriffe nicht zu spaltenden Lebens ist formelle Scheidung durch den Willen des Gesetzgebers in manchen Fällen notwendig, wobei dem individuellen Ermessen eines jeden Staates schon durch die Natur der Sache ein grösserer oder geringerer Spielraum eingeräumt ist».



zione, sono «formalmente dichiarati di diritto pubblico» dal legislatore e devoluti alla giurisdizione del giudice amministrativo<sup>191</sup>.

È significativo che proprio la prima dottrina riconoscesse l'esistenza di ambiti che sfuggono per natura alla logica dicotomica, con riferimento ai quali è il legislatore che determina la qualificazione del rapporto e della giurisdizione, con una scelta che peraltro rimane formale, lasciando impregiudicato il piano sostanziale in cui la rilevanza dell'interesse pubblico opera nel concorso tra diritto pubblico e privato.

Ed è perfettamente corretto ritenere che tale teorizzazione dei diritti pubblici soggettivi, proprio perché fondata su un concetto unitario di libertà del privato e non riferita allo Stato come autorità, potesse ben concepire l'efficacia dei diritti fondamentali nei rapporti tra soggetti privati, essendo comune il rapporto nell'ambito dei quali essi possono operare.

Presto, peraltro, la dottrina amministrativistica avverte l'insufficienza del criterio ulpiano dell'interesse e opta decisamente per un criterio discrezionale fondato sull'elemento dell'autorità.

Il rapporto amministrativo si allontana così dall'omologo concetto del diritto privato e il diritto pubblico soggettivo si connota in senso autoritativo, diventando una situazione soggettiva monovalente efficace solo nei confronti del potere pubblico.

In tale nuova prospettiva, il diritto pubblico soggettivo di-

---

<sup>191</sup> JELLINEK G., *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, cit., 59, «Das hervorragendste Beispiel dieser Art sind die in Frankreich zu Zwecken der öffentlichen Verwaltung abgeschlossenen Rechtsgeschäfte, die formell zu Verträgen des öffentlichen Rechtes erklärt worden sind, so dass Ansprüche aus ihnen von der nicht staatlichen Vertragspartei nicht nach Zivilrecht beurteilt und auch nur im Wege der Verwaltungsgerichtsbarkeit können geltend gemacht».

venta la potestà sopra una parte del potere pubblico attribuito dall'ordinamento all'interessato per sua utilità<sup>192</sup>.

Un ulteriore elemento di rottura è costituito dalla sublimazione del rapporto tra libertà ed autorità nell'ambito del principio di legalità e tipicità che ha reso di fatto marginale, se non inutile, la stessa nozione di diritto pubblico soggettivo<sup>193</sup>.

La perdita di versatilità del diritto pubblico soggettivo segna un punto di rottura con il diritto privato, impedendo per molto tempo l'ampliamento della categoria anche ai rapporti tra privati.

#### IV.3. L'EFFICACIA ORIZZONTALE DEI DIRITTI FONDAMENTALI NEL DIRITTO PRIVATO.

La dottrina civilista ha autonomamente ripreso la riflessione sulla vigenza dei diritti fondamentali nel diritto privato<sup>194</sup>,

---

<sup>192</sup> MAYER O., *Deutsches Verwaltungsrecht*, cit., 104, che definisce il diritto pubblico soggettivo come «Macht über ein Stück öffentlicher Gewalt, dem Berechtigten durch die Rechtsordnung zugeteilt um seines Vorteils willen».

<sup>193</sup> Osserva MAYER O., *Deutsches Verwaltungsrecht*, cit., 104, «Denn hier handelt es sich um Verhältnisse, bei welchen die öffentliche Gewalt selbst beteiligt ist und damit die rechtlich überwiegende Macht des namens des Staates geäußerten Willens. Also ist hier ein Recht nur insoweit denkbar, als es selber diese alles überwiegende Willensmacht in sich begreift; es kann weder im Widerspruch mit ihr stehen noch an ihr vorbeigehen. Ausgeschlossen ist es nicht, daß die Ordnung unseres Verfassungs- und Rechtsstaates der öffentlichen Gewalt auch solche rechtlichen Bestimmtheiten gebe».

<sup>194</sup> Il problema è stato descritto in termini così ampi da DIEDERICHSEN U., *Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht – Ein Lehrstück der juristischen Methodenlehre*, in *AcP*, 1998, 171 ss., in part. 199 e in nota 116, secondo il quale «Da “Drittwirkung” ein Relationsbegriff

giungendo ad affermarne l'efficacia orizzontale (*Drittwirkung*)<sup>195</sup> nei rapporti interprivati<sup>196</sup>.

---

ist, wird mit dem Ausdruck "Drittwirkung der Grundrechte" im folgenden daher der Einfluß der Grundrechte auf das Zivilrecht bezeichnet, also die Wirkung der Grundrechte auf die zwischen den Bürgern bestehenden Rechtsverhältnisse, gleichgültig, ob sie von Gesetzes wegen oder durch privatautonomen Akt zustande gekommen sind, und ferner auch die Beeinflussung der Normen des Zivilrechts durch die Grundrechte».

<sup>195</sup> La locuzione *Drittwirkung* si deve, come noto, a IPSEN H.P., *Gleichheit*, in NEUMANN F.L.-NIPPERDEY H.C.-SCHEUNER U. (cur.), *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, vol. II, Berlin, 1954, 111, 129, 138, 143.

<sup>196</sup> La letteratura sull'effetto orizzontale dei diritti fondamentali è sterminata: senza pretesa di completezza cfr. JARASS H.D., *Die Grundrechte: Abwehrrechte und objektive Grundsatznormen. Objektive Grundrechtsgelalte, insbes. Schutzpflichten und privatrechtsgestaltende Wirkung*, in BADURA P.-DREIER H. (cur.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tübingen, 2001; CANARIS C-W., *Grundrechte und Privatrecht*, in *AcP* 184, 1984, 201 ss.; ID., *Grundrechte und Privatrecht: eine Zwischenbilanz*, Berlin, 1998; DIEDERICHSEN U., *Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht*, cit.; ID., *Die Selbstbehauptung des Privatrechts gegenüber dem Grundgesetz*, in *Jura*, 1997, 57 ss.; MEDICUS D., *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht*, in *AcP*, 1992, 35 ss.; SCHMIDT E., *Verfassungsgerichtliche Einwirkungen auf zivilistische Grundprinzipien und Institutionen*, in *KritV*, 1995, 424 ss.; HAGER J., *Grundrechte im Privatrecht*, in *JZ*, 1994; OETER S., *Drittwirkung der Grundrechte und die Autonomie des Privatrechts*, in *AöR*, 1994; HESSE K., *Verfassungsrecht und Privatrecht*, Heidelberg, 1988; ALEXY R., *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt, 1994; LEISNER W., *Grundrechte und Privatrecht*, cit.; DÜRIG G., *Grundrechte und Zivilrechtsprechung*, in MAUNZ T. (cur.), *Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung. Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky*, München, 1956, 157 ss.; GEIGER R., *Die Grundrechte in der Privatrechtsordnung*, Stuttgart, 1960; SCHWABE J., *Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte: Zur Einwirkung der Grundrechte auf den Privatrechtsverkehr*, München, 1971. In Italia, a cavallo tra gli anni Ottanta e Novanta, già BRECCIA U.,

Ciò è avvenuto nell'ambito della riflessione sulla costituzionalizzazione del diritto privato<sup>197</sup>, riconoscendo che era fallace la convinzione che gli attacchi alla libertà dei cittadini possano provenire solo dal pubblico potere, dovendosi invece constatare che, nei Paesi ad economia liberista, tali attacchi possono provenire anche da soggetti privati, ove questi godano di poteri o situazioni di supremazia, sia di diritto che di fatto, rispetto ad altri privati<sup>198</sup>.

Se la discussione sulla *Drittwirkung* ha trovato le sue origini e la più intensa e più ricca elaborazione dottrinale nell'ordinamento tedesco, si tratta di un tema che non può riguardare solo l'ordinamento di un singolo paese, trovando rilevanza anche a livello internazionale<sup>199</sup> e, anzi, rappresentando il passaggio fondamentale per il riconoscimento e la tutela dei diritti dell'individuo nella globalizzazione<sup>200</sup>.

---

*Problema costituzionale e sistema privatistico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 687 ss., nella raccolta *Immagini del diritto privato*, cit., 93, si interrogava sul ruolo da attribuire ai valori costituzionali, alla luce della loro applicabilità diretta e dei limiti all'autonomia privata già presenti nel codice civile e nella legislazione ordinaria.

<sup>197</sup> Sull'evoluzione del pensiero della dottrina italiana sulla costituzionalizzazione del diritto privato, cfr. NAVARRETTA E., *Costituzione, Europa e diritto privato, Effettività e Drittwirkung ripensando alla complessità giuridica*, Torino, 2017, ove ult. riff. Con riferimento a tale periodo, l'A. parla di «prima costituzionalizzazione» del diritto privato.

<sup>198</sup> DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, 27. L'efficacia pienamente vincolante delle norme costituzionali per il diritto privato fu affermata da NATOLI, *Limiti costituzionali all'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Milano, 1955, 89 ss.; PALAZZO, *Ermeneutica giuridica e costituzionalizzazione del diritto civile*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 339 ss.; MORELLI, *Fondamento costituzionale e tecniche di tutela dei diritti della personalità*, in *Giust. civ.*, 1996, 538 ss.

<sup>199</sup> CANARIS C-W., *Grundrechte und Privatrecht*, cit., 10.

<sup>200</sup> TEUBNER G., *Nuovi conflitti costituzionali*, cit., 139 ss.

Sebbene in passato non siano mancate voci contrarie<sup>201</sup> e ancora persistano isolate perplessità<sup>202</sup>, l'efficacia dei diritti fondamentali anche rispetto ai rapporti privati non sembra possa più essere messa in dubbio<sup>203</sup>.

Il problema della *Drittwirkung* ormai non riguarda più tanto la sua ammissibilità, quanto il *quomodo* dell'efficacia diretta e cioè se i diritti fondamentali operino direttamente o solo indirettamente nei rapporti privatistici e se pertanto i singoli soggetti del rapporto debbano o non debbano considerarsi destinatari diretti dei diritti fondamentali.

Ci si chiede allora solo se i privati siano obbligati direttamente ad osservare i diritti fondamentali nei loro rapporti civilistici, tendendo conto, per esempio, del principio di non discriminazione nella conclusione di un rapporto contrattuale o se, invece, i diritti fondamentali influiscano solo sul piano oggettivo, sostanziandosi nell'interpretazione e applicazione delle clausole generali del diritto privato<sup>204</sup>.

Nella prima e più radicale prospettiva, i diritti fondamentali si configurerebbero quali autonome situazioni soggettive del privato nei confronti dell'altra parte, la quale dovrebbe

---

<sup>201</sup> ANSCHÜTZ G., *Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919*, Berlin, 1933, 484 ss.

<sup>202</sup> DOEHRING K., *Allgemeine Staatslehre*, Heidelberg, 1991, Rn. 562.

<sup>203</sup> Come afferma GUCKELBERGER, *Die Drittwirkung der Grundrechte*, in *JuS*, 2003, 1157, «Die Ansicht, dafür die Grundrechte überhaupt keine Auswirkung auf das Privatrecht haben, wird heute nicht mehr vertreten».

<sup>204</sup> Secondo una parte della dottrina, le due teorie, seppure diverse nell'approccio metodologico, convergerebbero quanto ai risultati pratici ZÖLLNER W., *Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht*, in *AcP*, 1996, 6; CANARIS C-W., *Grundrechte und Privatrecht*, cit., 242; DIEDERICHSEN U., *Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht – Ein Lehrstück der juristischen Methodenlehre*, cit., 200 s. e nelle note 117 e 118 con ulteriori riferimenti bibliografici.

osservarli nel compimento di atti civilisticamente rilevanti (*unmittelbare Drittwirkung*).

Tale tesi ha trovato la sua prima formulazione sistematica in tema di discriminazione della donna nei rapporti di lavoro<sup>205</sup> ed è scaturita dall'assunto che, per un verso, i diritti fondamentali costituiscono diritti assoluti e, per altro verso, spiegano la funzione di veri e propri limiti imposti all'attività negoziale dei privati, con l'ineluttabile conseguenza che ogni atto negoziale contrario ai diritti fondamentali dovrebbe considerarsi nullo per contrarietà alla legge<sup>206</sup>.

È evidente che tale prospettazione abbia incontrato numerose critiche, fondate sulla prevalenza, insita in tale teoria, del diritto pubblico sul diritto privato e soprattutto per i limiti che si porrebbero all'autonomia privata<sup>207</sup>.

---

<sup>205</sup> Nel noto saggio di NIPPERDEY H., *Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung*, in *Recht der Arbeit*, 1950, 121 ss.

<sup>206</sup> I più importanti fautori dell'efficacia diretta dei diritti fondamentali nei rapporti interprivati sono, oltre a Nipperdey, LEISNER W., *Grundrechte und Privatrecht*, cit., 356 ss.; RAMM T., *Die Freiheit der Willensbildung: zur Lehre von der Drittwirkung der Grundrechte und der Rechtsstruktur der Vereinigung*, 1960, Stuttgart, 38 ss. e 56 ss.; GAMILLSCHEG F., *Die Grundrechte im Arbeitsrecht*, Berlin, 1989; STEINDORFF E., *Persönlichkeitsschutz im Zivilrecht*, Heidelberg, 1983, 12. In tempi più recenti l'efficacia diretta dei diritti fondamentali tra privati ha trovato un nuovo argomento nella locuzione "anche" di cui all'art. 19, c. 3, GG, la quale indicherebbe inequivocabilmente che l'applicabilità ai soggetti privati sarebbe presupposta e dunque data per scontata. In Italia, tale tesi è sostenuta da PERLINGERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1983, secondo cui, in una visione più ampia volta alla necessaria costituzionalizzazione dell'ordinamento, le norme costituzionali sono "norme uguali alle altre" e non norme-principio che orientano in chiave assiologica le clausole generali; ID., *La persona umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 417.

<sup>207</sup> Molto critici rispetto ad un'applicazione diretta dei diritti fonda-

Per la seconda tesi, invece, i diritti fondamentali esplicherebbero i loro effetti nei confronti dei soggetti privati solo in via indiretta (*mittelbare Drittwirkung*)<sup>208</sup>, necessitando di una norma civilistica come chiave di ingresso nel rapporto privatistico<sup>209</sup>.

Il baluardo contro la violazione dei diritti fondamentali da parte di un terzo è di conseguenza individuato nelle clausole generali che non solo sarebbero perfettamente idonee, ma anzi richiederebbero necessariamente una specifica determinazione in base all'ordinamento oggettivo di valori (*objektive Wertordnung*) costituito appunto dai diritti fondamentali garantiti a livello costituzionale<sup>210</sup>.

---

mentali, che porterebbe alla distruzione dei capisaldi del diritto privato, a partire dall'autonomia contrattuale, a loro volta radicati nella Legge Fondamentale: DIEDERICHSEN U., *Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht – Ein Lehrstück der juristischen Methodenlehre*, cit.; OETER S., *Drittwirkung der Grundrechte und die Autonomie des Privatrechts*, cit.; ZÖLLNER W., *Regelungsspielräume*, cit.

<sup>208</sup> Il principale fautore di tale tesi è stato DÜRIG G., *Grundrechte und Zivilrechtsprechung*, cit. L'efficacia indiretta o mediata dei diritti fondamentali costituisce la teoria dominante nella discussione sulla *Drittwirkung*: ex multis HAGER J., *Grundrechte im Privatrecht*, cit., 373; GAMILLSCHEG F., *Die Grundrechte im Arbeitsrecht*, cit., 79; DREIER H., *Vorbemerkungen*, in DREIER H. (cur.), *Grundgesetz-Kommentar*, vol. I, Tübingen, 2004, 68; LANGNER T., *Die Problematik der Geltung der Grundrechte zwischen Privaten*, Frankfurt a M., 1998, 66.

<sup>209</sup> VON MÜNCH I., *Grundbegriffe des Staatsrechts*, vol. I, Stuttgart, Rn. 187.

<sup>210</sup> È questa la formulazione coniata dalla Corte Costituzionale tedesca nella decisione *Lüth* BVerfG 15.1.1958, in *BVerfGE* 7, 198 ss., *NJW*, 1958, 257 ss.; *JZ*, 1958, 119 ss., considerata dai detrattori dell'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali come un consapevole atto di usurpazione giudiziale: DIEDERICHSEN U., *Die Selbstbehauptung des Privatrechts gegenüber dem Grundgesetz*, cit.

In tale prospettiva il rapporto tra diritto pubblico e privato si porrebbe in termini di complementarità e l'efficacia assoluta dei diritti fondamentali risulterebbe relativizzata dall'altrettanto fondamentale diritto all'autonomia individuale e all'autoresponsabilità.

Mentre in un primo tempo la giurisprudenza ha seguito la tesi dell'efficacia diretta dei diritti fondamentali<sup>211</sup>, dalla fine degli anni Sessanta del Secolo scorso pare prevalentemente orientata verso la tesi dell'efficacia indiretta<sup>212</sup>.

Alle suesposte teorie se ne associa una terza sul dovere dello Stato di proteggere i diritti fondamentali (*grundrechtliche Schutzpflichten*)<sup>213</sup>, secondo la quale questi ultimi, oltre a costituire divieti di ingerenza da parte del pubblico potere, si configurano altresì come obblighi di tutela da parte dello Stato, il quale deve attivarsi per la tutela dei valori e dei beni giuridici garantiti dai diritti fondamentali contro eventuali aggressioni provenienti da parte di terzi anche nei loro rapporti di diritto privato<sup>214</sup>.

---

<sup>211</sup> Il riferimento è soprattutto alla sentenza BAG 3.12.1954, in *NJW*, 1955, 606 s., cui è seguita la decisione BAG 10.11.1955, in *Der Betrieb*, 1956, 114 ss., nonché la decisione del BGH 25.5.1954, in *BGHZ* 13, 334 ss. e in *JZ*, 1954, 698 ss.

<sup>212</sup> BVerfG 10.2.1960, in *BVerfGE* 10, 322 (caso *Vormundschaft*); BVerfG 26.2.1969, in *BVerfGE* 25, 263 (caso *Blinkfuer*); BVerfG 14.2.1973, in *BVerfGE* 34, 280 (caso *Soraya*); BVerfG 29.5.1973, in *BVerfGE* 35, 114, (*Hochschul-Urteil*); BVerfG 25.2.1975, in *BVerfGE* 39, 1 ss. (caso *Schwangerschaftsabbruch*); BVerfG 23.4.1986, in *BVerfGE* 73, 269 (caso *Sozialplan*).

<sup>213</sup> Il primo e più illustre sostenitore della teoria è stato CANARIS C-W., *Grundrechte und Privatrecht*, cit., 210 ss.

<sup>214</sup> Su questa teoria si vedano, oltre a Canaris, STARCK C., Art. 1-5, in v. MANGOLT H.-KLEIN F.-STARCK C., *Kommentar zum Bonner Grundgesetz*, 7 ed., München, 2018; LANGNER T., *Die Problematik der Geltung der*



Lo Stato risulta quindi obbligato ad operare attivamente (*Übermaßverbot*) affinché sia rispettato il livello minimo di tutela dei diritti fondamentali anche nei rapporti privati e ciò sia nell'ambito della produzione sia in sede di applicazione e/o interpretazione giudiziale delle norme privatistiche, godendo, peraltro, in tale attività di un ampio spazio di discrezionalità<sup>215</sup>.

---

*Grundrechte zwischen Privaten*, cit., 88 ss. In giurisprudenza, il *leading case* è la decisione del BVerfG 25.2.1975, in *BVerfGE* 39, 1 ss.; NJW, 1975, 573 ss., in una controversia relativa alla legittimità costituzionale di una norma penale in tema di interruzione della gravidanza, ove si accertò che «Die Schutzpflicht des Staates verbietet nicht nur unmittelbare staatliche Eingriffe in das sich entwickelnde Leben, sondern gebietet dem Staat auch, sich schützend und fördernd vor dieses Leben zu stellen». In tal senso, lo Stato ha anche l'obbligo di tutelare il nascituro nei confronti della propria madre: «Die Verpflichtung des Staates das sich entwickelnde Leben in Schutz zu nehmen, besteht auch gegenüber der Mutter». Questa terza teoria si avvicina in modo significativo a quella della *mittelbare Drittwirkung* e, infatti, se ne distingue solo sotto il profilo ricostruttivo, in quanto solo per questa teoria i diritti fondamentali assumono la specifica funzione di precetti di tutela verso allo Stato, il quale ha l'obbligo, sia come legislatore sia come giudice, di garantire ai privati comunque e sempre il livello minimo di tutela stabilito dalla Costituzione: CANARIS C-W., *Grundrechte und Privatrecht*, cit., 227 s. In questo senso, i diritti fondamentali incidono direttamente sul diritto privato, vincolando il legislatore nella formulazione delle norme privatistiche. Si badi però che questo rapporto internormativo, riconducibile alla gerarchia delle fonti, è solo impropriamente considerato come parte del fenomeno della *Drittwirkung* la quale, invece, riguarda le sole relazioni intercorrenti tra diritti fondamentali e soggetti privati: CANARIS C-W., *Grundrechte und Privatrecht*, cit., 35.

<sup>215</sup> Secondo tale tesi (in particolare CANARIS C-W., *Zur Problematik von Privatrecht und verfassungsrechtlichem Übermaßverbot*, in *JZ*, 1988, 494 ss.) la Costituzione non pone allo Stato solo il divieto di eccedere (*Übermaßverbot*), ma anche il divieto di fare troppo poco (*Untermaßverbot*); cfr. anche VAN DER WALT J., *The Horizontal Effect Revolution and the Question of Sovereignty*, Berlin-Boston, 2014, 229 ss.

Infine, le teorie più recenti affrontano il problema dell'effetto orizzontale di tali diritti come «relazione multipolare dei diritti fondamentali» (*mehrpole Grundrechtsverhältnis*) e reinterpretano la questione come una relazione triangolare tra lo Stato (Stato, amministrazione e sistema giudiziario) e le due parti in conflitto<sup>216</sup>.

Il dibattito sull'efficacia dei diritti fondamentali nei rapporti tra privati ha coinvolto altresì il Regno Unito, in particolare dopo l'introduzione del *Human Rights Act*<sup>217</sup>, dando luogo anche in questo ordinamento a diverse opzioni ricostruttive: quella che ritiene che l'*Act* possa avere effetti solo verticali in quanto esso riguarda le pubbliche autorità<sup>218</sup>; l'altra più radicale che ne afferma l'efficacia diretta anche nei rapporti tra privati<sup>219</sup> e infine quella che reputa che l'effetto orizzontale sia indiretto, rinviando al giudice il compito di

---

<sup>216</sup> CALLIESS C., *Rechtsstaat und Umweltstaat. Zugleich ein Beitrag zur Grundrechtsdogmatik im Rahmen Mehrpoliger Verfassungsrechtsverhältnisse*, Tübingen, 2001, e RUFFERT M., *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts. Eine Verfassungsrechtliche Untersuchung zur Privatrechtswirkung des Grundgesetzes*, Tübingen, 2001.

<sup>217</sup> La legge intitolata *Human Rights Act*, entrata in vigore il 1° ottobre 2000: (i) incorpora nel diritto interno i diritti garantiti dalla convenzione europea per la garanzia dei diritti umani (CEDU); (ii) vincola tutte le autorità pubbliche, come i giudici, le forze di polizia, le autorità locali, le strutture sanitarie e le scuole pubbliche e tutti gli enti che assolvono a una funzione pubblica a rispettare e proteggere i diritti umani; (iii) vincola anche il Parlamento, il quale non può emanare leggi in contrasto con l'*Act*, a meno che non vi siano ragioni particolari, in quanto il Parlamento inglese non abdica alla sua sovranità.

<sup>218</sup> BUXTON R., *The Human Rights and Private Law*, in (116) *L. Q. Rev.*, 2000, 48 ss.

<sup>219</sup> HUNT M., *Using Human Rights Law in English Courts*, Oxford, 1997.

evitare che l'interpretazione e applicazione delle leggi possa legittimare la violazione dei diritti fondamentali <sup>220</sup>.

Qualunque sia il convincimento della dottrina nei diversi sistemi giuridici in merito all'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali <sup>221</sup>, è comune la constatazione che è venuta meno la pretesa di isolare il diritto privato dagli imperativi di socializzazione giustificativi della legittimazione costituzionale del potere giuridico.

Sul piano sovranazionale, ed in particolare per il diritto europeo, la *Drittwirkung* diventa indiscutibilmente lo strumento essenziale per la realizzazione non solo dell'idea ordoliberal, ma più recentemente della giustizia sociale nei rapporti contrattuali.

#### IV.4. LA NEUTRALITÀ DEL PARADIGMA NORMATIVO.

La ritrovata convergenza della dottrina pubblicistica e civilistica sulla generale vigenza dei diritti fondamentali <sup>222</sup>,

---

<sup>220</sup> VICK D., *The Human Rights Act and the British Constitution*, in *Texas Int. L. Rev.*, 2002, 329 ss.

<sup>221</sup> Peculiare è la posizione di ALEXY R., *Theorie der Grundrechte*, cit., 1994, che propone una teoria argomentativa dei tre livelli reciprocamente interdipendenti dei diritti fondamentali (doveri dello Stato, diritti di fronte allo Stato, relazioni tra privati).

<sup>222</sup> Per la dottrina italiana, oltre al recente saggio di NAVARRETTA E., *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, cit.; si vedano gli studi concernenti l'incidenza dei diritti fondamentali sui rapporti interprivati di BARILE P., *La costituzione come norma giuridica*, Firenze, 1951; CRISAFULLI V., *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952; PALADIN L., *Giurisprudenza costituzionale di rilievo privatistico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 338 ss.; ONIDA V., *L'attuazione della Costituzione fra*

rende possibile, nella delineata prospettiva del diritto debole, rinunciare alla qualificazione pubblicistica o privatistica della disciplina e partire invece dall'affermazione della sua neutralità.

La tesi sembra insostenibile nel campo del diritto amministrativo ed in particolare con riferimento alla disciplina dell'attività contrattuale dell'amministrazione, ove invece si ritiene che «le regole che, in determinate condizioni, impongono ai soggetti privati di osservare le regole procedurali dell'evidenza pubblica nella scelta del contraente non sono *neutres*, ma presentano una precisa connotazione pubblicistica, riguardante la struttura, il contenuto, gli effetti e la *ratio* della disciplina», di talché «la situazione giuridica del soggetto che deduce la violazione delle regole procedurali di scelta del contraente privato, per la connessione qualificata con la funzione essenziale della normativa di evidenza pubblica, intesa al perseguimento dell'interesse alla tutela della concorrenza ed all'efficienza dell'uso delle risorse destinate alla realizzazione di opere di rilevanza generale, assume la

---

*magistratura e Corte Costituzionale*, Milano, 1977; SALVI C., *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Napoli, 1985, 153 ss.; PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1981, 189 ss.; CERRI A., *La costituzione e il diritto privato*, in RESCIGNO P., *Trattato di diritto privato*, Torino, 1999, I, 47 ss.; MORELLI S., *L'applicazione diretta della Costituzione nei rapporti interindividuali*, in *Giust. civ.*, 1996, 537 ss.; ID., *Fondamento costituzionale e tecniche di tutela dei diritti della personalità di nuova emersione (a proposito del cd. "diritto all'oblio")*, in *Giust. civ.*, 1997, 515 ss.; PALADIN L., *Costituzione, preleggi e codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, 19 ss.; NAVARRETTA E., *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996; BALDASSARRE A., *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997; ALPA G., *Il diritto costituzionale sotto la lente del giusprivatista*, in *Riv. dir. cost.*, 1999, 15 ss.; SALVI C., *Norme costituzionali e diritto privato – attualità di un insegnamento*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, 235 ss.

natura dell'interesse legittimo, sostanziandosi nel complesso di poteri e facoltà strumentali, idonee ad influire sull'esercizio dei poteri attribuiti alla stazione appaltante»<sup>223</sup>.

Gli è che la tesi della neutralità scardinerebbe l'intero sistema di tutela fondato sulla dicotomia diritti soggettivi e interessi legittimi, anche quando il soggetto tenuto al rispetto della disciplina è un soggetto privato<sup>224</sup>.

La connotazione pubblicistica è del resto necessitata dall'esigenza di consentire un sindacato sull'agire funzionalizzato e attribuire tutela ai terzi che – si ritiene – non avrebbero accesso alla giustizia secondo la tecnica del diritto soggettivo<sup>225</sup>.

---

<sup>223</sup> Cons. Stato, sez. V, 7 giugno 1999, n. 295; T.A.R. Molise, 21 dicembre 1998, n. 420; T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 23 marzo 1999, n. 133; T.A.R. Campania, sez. I, 24 marzo 1999, n. 834, in *Urbanistica e Appalti*, 1999, 983 ss.

<sup>224</sup> È significativo che si sia giunti a riconoscere la neutralità della disciplina di scelta del contraente a fronte dell'ampliamento della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in ordine alle procedure di appalto pubblico: cfr. Cons. Stato, ad. plen., 1° agosto 2011, n. 16, in *Foro amm.-CDS*, 2011, 2326 ss., secondo cui «la procedura di affidamento è in sé natura neutra, e si connota solo in virtù della natura del soggetto che la pone in essere, essendo indispensabile, sia per la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo, sia per l'applicazione del diritto pubblico degli appalti, che il soggetto procedente sia obbligato al rispetto delle procedure di evidenza pubblica, in base al diritto comunitario o interno».

<sup>225</sup> Secondo SCOCA S., *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, Milano, 2008, 66, risulta evidente che «la fase di scelta del contraente non ha la funzione di realizzazione della volontà contrattuale, bensì di formazione di un vero e proprio provvedimento idoneo a creare un assetto di interessi (il cd. “voluto nel caso di specie”) tipico di ogni provvedimento amministrativo. È da aggiungere che il provvedimento non è idoneo a formare quella volontà, che si dovrà tradurre in esternazione necessaria per la conclusione del contratto: la volontà si manifesta solo con la conclusione del contratto».

Secondo tale impostazione, in virtù di limiti procedurali e vincoli funzionali che derivano dalla regolamentazione pubblicistica, l'attività di scelta del terzo contraente è diretta espressione del potere amministrativo, a fronte del quale si manifestano posizioni soggettive di interesse legittimo.

Detta funzionalizzazione sarebbe indifferente al carattere pubblico o privato dell'agente, risultando imperniata sul dato sostanziale dell'interesse pubblico perseguito, anche da soggetti sottoposti all'influenza pubblica dominante.

Il legislatore, aderendo all'impostazione europea e sviluppando i principi di tutela del mercato e di controllo ottimale sull'utilizzazione finale delle risorse pubbliche, avrebbe quindi allargato l'ambito dell'agire funzionalizzato ed amministrativo, prevedendo che anche soggetti formalmente privati siano equiparati alle amministrazioni, ed anzi siano essi stessi amministrazioni pubbliche, nel momento, e solo nel momento, in cui pongono in essere un'attività amministrativa funzionalizzata alla tutela dell'interesse pubblico, espressione di un potere pubblicistico limitatamente al settore delle gare di appalto.

Ciò conduce ad affermare che le regole del procedimento selettivo non pongono le parti in una posizione di parità, ma attribuiscono al committente rilevanti poteri autoritativi, incidenti unilateralmente nella sfera giuridica dei partecipanti alla gara<sup>226</sup>.

---

<sup>226</sup> Tale impostazione ha peraltro trovato un sensibile correttivo in una recente pronuncia dell'Adunanza Plenaria (Cons. Stato, ad. plen., 14 marzo 2018, n. 5, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 1598 ss., con nota di FOÀ S., *Responsabilità precontrattuale della p.a. tra correttezza e autodeterminazione negoziale*) nel caso della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione. L'Adunanza prende le distanze dalla tesi tradizionale dell'impossibilità di ravvisare una "trattativa" durante la fase pubblicistica dell'evidenza pubblica, essendo quest'ultima semplicemente una compe-

Peraltro, se si abbandonano le problematiche domestiche e ci si chiede se tale connotazione pubblicistica del paradigma legislativo sia effettivamente necessaria, la risposta negativa è suggerita da quegli ordinamenti in cui la stessa disciplina di matrice europea è recepita nell'ambito del diritto civile e la giurisdizione è devoluta al giudice ordinario<sup>227</sup>, nonché da quegli ordinamenti in cui la logica bifasica è in corso di supe-

---

tizione intercorrente fra gli operatori economici sulla base di criteri preventivamente dettati dall'Amministrazione, finalizzata alla scelta del miglior offerente, unico soggetto ammesso a stipulare. Si riconosce così che nel corso del procedimento di evidenza pubblica, i doveri di correttezza e buona fede sussistono, anche prima e a prescindere dell'aggiudicazione e quindi in tutte le fasi della procedura ad evidenza pubblica, con conseguente possibilità di configurare la responsabilità precontrattuale da comportamento scorretto nonostante la legittimità dei singoli provvedimenti che scandiscono il procedimento.

<sup>227</sup> Era questo il caso, come noto, del Regno Unito, in cui la materia del *public procurement* era tendenzialmente qualificata come privatistica e quindi non soggetta al *judicial review* per assenza del *public law element* (ARROWSMITH S., *Judicial review and the contractual power of authorities*, in *Law Quarterly review*, 1990, 277 ss., ove peraltro si mette in evidenza come tale impostazione sia ormai superata dalla più recente tendenza a ravvisare i presupposti per l'*application for judicial review*. Cfr. inoltre ARROWSMITH S.-CRAVEN R., *Public procurement and access to justice: a legal and empirical study of the UK system*, in *Public Procurement Law Review*, 2016, 227 ss., mentre sulle conseguenze della Brexit, cfr. ancora ARROWSMITH S., *The Implications of Brexit for Public Procurement Law and Policy in the United Kingdom*, *ivi*, 2017, 1, ss.). Ed è altresì il caso della Germania, certamente per gli appalti sotto soglia, inquadrati nei rapporti privatistici e devoluti alla giurisdizione ordinaria, mentre la tutela per i sopra soglia è ricondotta nell'ambito della disciplina in materia di restrizioni della concorrenza (GWB, modificata nel 2009 dalla *Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts*) e devoluta, in sede giurisdizionale, alla corte di appello federale: sulle caratteristiche del sistema di tutela tedesco in materia di appalti, cfr. JASPER U.-MARX F., *Einführung*, in *Vergaberecht*, 15 ed., München, 2013, IX ss.

ramento in ragione di una concezione unitaria del rapporto tra amministrazione e privato<sup>228</sup>.

Tale scelta ovviamente pone il problema di conciliare gli istituti del diritto civile con l'esigenza di riconoscere la rilevanza della posizione di terzi<sup>229</sup> e ammettere un sindacato sulla funzione, inteso come verifica del rispetto delle regole preordinate ad assicurare il raggiungimento dei fini pubblici perseguiti<sup>230</sup>.

Ma ciò è sufficiente ad escludere che proprio tali esigenze comportino di attribuire natura pubblicistica alla disciplina e a coniugare la relazione tra soggetti come un rapporto dispari ed eterodeterminato<sup>231</sup>.

---

<sup>228</sup> Anche la teoria dell'*acte détachable* appare oggi in corso di superamento (alla luce di alcune pronunce degli ultimi anni: CE, 16 luglio 2007, *Société Tropic Travaux signalisation*, in *Leb.*, 360; 28 dicembre 2009, *Commune de Béziers*, in *Leb.*, 509 e 21 marzo 2011, *Commune de Béziers*, in *Leb.*, 117) proprio in ragione di una concezione unitaria del rapporto contrattuale che è risultata compatibile con l'accesso dei terzi alla tutela dinanzi al giudice amministrativo: cfr. BRETONNEAU A., *L'acte détachable du contrat à l'épreuve de la régularisation*, in *RJEP*, 2012, 693.

<sup>229</sup> Sui problemi collegati allo *standing* nel sistema anglosassone, cfr. ARROWSMITH S., *The Law of public and utilities procurement*, 3 ed., London, 2014, 21.49.

<sup>230</sup> Secondo il giudice costituzionale tedesco (BVerfG, 13.6.2006, in *BVerfGE*, 116, 135, *NJW*, 2006, 3701, *NVwZ*, 2006, 1396) non rileva che l'amministrazione sia tenuta ad osservare regole speciali che i privati usualmente non devono rispettare; si tratta infatti di regole che completano e integrano la disciplina di base del rapporto negoziale.

<sup>231</sup> Nella già citata decisione del BVerfG, 13.6.2006, si osserva che non vi è alcuna violazione del principio di uguaglianza (art. 3 GG), in quanto il rispetto di tale principio non comporta necessariamente la qualificazione del rapporto negoziale in senso pubblicistico. Il principio di uguaglianza è invocabile anche nell'ambito di un rapporto privatistico, in



Ma soprattutto, tale qualificazione in senso pubblicistico della disciplina e del rapporto appare ormai anacronistica ove si ritenga che a fronte dei fenomeni di privatizzazione, prima, e della globalizzazione, poi, la razionalità politica eterodeterminante sia stata sostituita dalla razionalità economica o comunque da altre razionalità, e addirittura legge e provvedimento possano essere sostituiti dal contratto.

In altri termini, la prospettazione teorica classica rischia di soccombere a fronte di fenomeni in cui il diritto pubblico è sostituito dal diritto privato e in cui la tutela dei diritti e il sindacato sulla funzione sono ormai ricostruiti in termini completamente diversi.

---

forza della pregressa prassi amministrativa, a trattare tutte le imprese in modo uguale e ad attribuire a tutte la stessa *chance* di vittoria: «Ein subjektives Recht der Beschwerdeführerin, das im Rahmen des Justizgewährungsanspruchs gerichtlich verfolgt werden kann, ist allerdings der Anspruch auf Gleichbehandlung (Art. 3 Abs. 1 GG). Jede staatliche Stelle hat bei ihrem Handeln, unabhängig von der Handlungsform und dem betroffenen Lebensbereich, die in dem Gleichheitssatz niedergelegte Gerechtigkeitsvorstellung zu beachten. Dieses Handeln ist anders als die in freiheitlicher Selbstbestimmung erfolgende Tätigkeit eines Privaten stets dem Gemeinwohl verpflichtet. Eine willkürliche Ungleichbehandlung kann dem Gemeinwohl nicht dienen. Der staatlichen Stelle, die einen öffentlichen Auftrag vergibt, ist es daher verwehrt, das Verfahren oder die Kriterien der Vergabe willkürlich zu bestimmen. Darüber hinaus kann die tatsächliche Vergabepaxis zu einer Selbstbindung der Verwaltung führen. Aufgrund dieser Selbstbindung kann den Verdingungsordnungen als den verwaltungsinternen Regelungen über Verfahren und Kriterien der Vergabe eine mittelbare Außenwirkung zukommen. Jeder Mitbewerber muss eine faire Chance erhalten, nach Maßgabe, der für den spezifischen Auftrag wesentlichen Kriterien und des vorgesehenen Verfahrens berücksichtigt zu werden. Eine Abweichung von solchen Vorgaben kann eine Verletzung des Art. 3 Abs. 1 GG bedeuten. Insofern verfügt jeder Mitbewerber über ein subjektives Recht, für das effektiver Rechtsschutz gewährleistet werden muss».

#### IV.5. L'EFFICACIA DEI DIRITTI FONDAMENTALI NEL NUOVO AMBITO DISCIPLINARE.

L'esigenza di tutela dei terzi ha costituito il pretesto per la qualificazione pubblicistica del rapporto amministrativo, che è sembrata l'unica possibile, senza mai prendere in considerazione l'idoneità del diritto privato ad assicurare tale tutela.

Dall'altra parte, il riconoscimento dell'efficacia dei diritti fondamentali nei rapporti privatistici<sup>232</sup> è ancora circondato da innumerevoli cautele, in considerazione dell'ingerenza sull'autonomia ed autoresponsabilità privata.

Se nella delineata prospettiva del diritto debole si accetta la neutralità del paradigma normativo di riferimento e si pone l'attenzione alla complessità del rapporto amministrativo, il problema fondamentale della soggettività si presta ad essere ricostruito in termini nuovi in un ambito disciplinare differenziato rispetto al diritto comune ed equidistante dal diritto pubblico e privato.

---

<sup>232</sup> Secondo Cass., civ., sez. III, 15 luglio 2005, n. 15022, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 1, 86, «A seguito di una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., fondata sul principio cd. della "Drittwirkung", le norme costituzionali, che attengono a valori inviolabili della persona umana, non solo hanno efficacia precettiva nei confronti dello Stato, ma sono anche immediatamente efficaci nei rapporti privatistici. Pertanto, nell'ambito del danno non patrimoniale, di cui all'art. 2059 c.c., rientra, oltre al tradizionale danno morale subiettivo nei casi previsti dalla legge, anche ogni ipotesi in cui si verifichi un'ingiusta lesione di valori della persona costituzionalmente garantiti, dalla quale lesione conseguano pregiudizi non suscettivi di valutazione economica, senza soggezione al limite derivante dalla riserva di legge correlata principalmente all'art. 185 c.p.». Il principio è ripreso testualmente da Cons. Stato, sez. VI, 5 dicembre 2005, n. 6960, in *Foro amm.-CDS*, 2005, 12, 3674.

La globalizzazione ha posto infatti il problema di affermare l'esistenza di diritti degli individui non solo nei confronti di attori privati, ma in un contesto in cui mancano una costituzione in senso tradizionale<sup>233</sup> e lo stesso principio di legalità<sup>234</sup>.

Si è quindi avvertita l'esigenza di affermare la generale efficacia orizzontale dei diritti fondamentali che, peraltro,

---

<sup>233</sup> KLABBERS J., *Setting the Scene*, in KLABBERS J.-PETERS A.-ULFSTEIN G., (cur.), *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, 1 ss., in part. 23, si chiede se la costituzionalizzazione è un processo spontaneo, un'accozzaglia di decisioni che gli attori prendono da una posizione di forza a seconda delle situazioni, o piuttosto un processo gerarchico in cui un potere costituente detta una costituzione, concludendo che la seconda ipotesi è improbabile sul piano globale, mentre la prima è la regola, poiché la costituzione globale sarà un *patchwork*, che si identifica di volta in volta, piuttosto che essere scritta una volta per tutte.

<sup>234</sup> Il primato della legge si svuota, si ritira di fronte a una crescente molteplicità di poteri (P. PERLINGIERI P., *Le insidie del nichilismo giuridico. Le ragioni del mercato e le ragioni del diritto*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, 1) dove i regimi privati plasmano un rapidissimo e mutevole diritto globale extrastatuale (BUSSANI M., *Il diritto dell'occidente. Geopolitica delle regole globali*, Torino, 2010, 87), che costituisce la prova più evidente di un diritto ormai eterarchico, polimorfo e decentralizzato (HABERMAS J., *La costellazione post nazionale: mercato globale, nazioni e democrazia*, Feltrinelli, Milano, 1999). La regola stinge nel "paralegale", approda ai margini del diritto, con l'unico fine di rispondere alle esigenze del processo economico e tecnologico. Anche GAUDEMET Y., *Cinquante anni di diritto amministrativo francese*, in D'ALBERTI M. (cur.), *Le nuove mete del diritto amministrativo*, Bologna, 2010, 115 ss., osserva che «dinnanzi all'affermazione di un'economia e di una tecnologia globalizzata, la legalità si rifugia nel terreno della de-regolazione quando non addirittura delega a meccanismi di autoregolazione e di determinazione corporativa di *standard*, dimostrandosi così incapace di fornire protezione agli interessi pubblici in assenza dei tradizionali meccanismi di rappresentanza politica» (181).

proprio perché generale, comporta il superamento della distinzione tra rapporto pubblicistico e privatistico.

Ciò conduce alla conclusione che il diritto dell'individuo verso il potere (sia esso pubblico o privato) non è riflesso o corollario della norma pubblicistica o di quella privatistica, ma trova la sua origine nella neutrale soggettività del rapporto attraverso il contenuto dei diritti fondamentali<sup>235</sup>.

Così, si può affermare che il principio di uguaglianza non richiede nemmeno più l'applicazione (diretta o indiretta) della relativa norma costituzionale perché è direttamente nel rapporto che si individuano la fonte e la ragione del principio in cui si esprime la norma costituzionale<sup>236</sup>, di questo rapporto, il principio non è presupposto ma conseguenza<sup>237</sup>.

Esso quindi non richiede la qualificazione del rapporto in termini pubblicistici o forzature nel caso di qualificazione privatistica, ma rimane a caratterizzare neutralmente la differenziazione dell'ambito disciplinare in cui esso si afferma.

Non in termini pubblicistici, perché «l'effetto orizzontale dei diritti fondamentali deve dispiegare il suo pieno significato in ambiti sociali al di fuori della politica»<sup>238</sup>, ma neanche in termini privatistici, perché i «diritti fondamentali devono regolarsi da capo sulla logica e sulla normatività proprie di ambiti sociali diversi e naturalmente, allo stesso tem-

---

<sup>235</sup> TEUBNER G., *Nuovi conflitti costituzionali*, cit., 139, secondo cui è «plausibile attribuire alle norme sui diritti umani uno status costituzionale in virtù del loro contenuto».

<sup>236</sup> RESCIGNO P., *Il principio di uguaglianza nel diritto privato*, cit., 353.

<sup>237</sup> HUECK G., *Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht*, cit.

<sup>238</sup> TEUBNER G., *Nuovi conflitti costituzionali*, cit., 153.

po, adattarsi alle norme di validità in quel campo (che il più delle volte, ma non sempre, sono di diritto privato)»<sup>239</sup>.

In altri termini, il riconoscimento della soggettività giuridica non sembra più richiedere la qualificazione in termini pubblicistici del rapporto, così come non richiede il ricorso a deroghe ai principi di autodeterminazione nel caso di qualificazione in termini privatistici.

Nei rapporti tra individui e amministrazione è quindi l'essere amministrativo del rapporto che costituisce la peculiare normatività del contesto che consente di rispecificare i diritti fondamentali.

Non si tratta quindi di tornare alla teoria dei diritti pubblici soggettivi o forzare le categorie privatistiche per affermare nuovi diritti nei confronti dell'amministrazione, ma di riconoscere che esiste un ambito disciplinare differenziato in cui i diritti fondamentali acquistano una specifica normatività.

Così, il diritto degli operatori economici al rispetto dei principi di concorrenza da parte dell'amministrazione, non richiede la qualificazione in termini pubblicistici del rapporto per affermare l'esistenza e la tutela giurisdizionale di tale principio.

Peraltro, la riconduzione di tale diritto nell'ambito di un rapporto privatistico, che sarebbe coerente con i processi di privatizzazione, potrebbe non essere sufficiente perché la logica del rapporto amministrativo non è quella del diritto privato e richiederebbe deroghe agli istituti tradizionali: l'ammissione di una legittimazione ad agire in materia contrattuale oltre gli attuali limiti della teoria dell'efficacia orizzontale

---

<sup>239</sup> TEUBNER G., *Nuovi conflitti costituzionali*, cit., 154, che correttamente riconosce che la tesi di Dürig di «attenersi all'autonomia e alla legalità propria del diritto civile rispetto al sistema dei diritti fondamentali costituzionali» è necessaria, ma non sufficiente.

dei diritti fondamentali e un sindacato del giudice difficilmente compatibile con i principi dell'autonomia privata<sup>240</sup>.

---

<sup>240</sup> La questione si è posta, fra l'altro, con riferimento ai limiti del sindacato del giudice sull'autonomia privata in ragione del principio di uguaglianza e non discriminazione: DI LEO N., *Il principio di uguaglianza e la sua portata applicativa*, in *I diritti fondamentali nell'Unione Europea, La Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, Bologna-Roma, 2013, 629 ss. Infatti, il conflitto tra libertà negoziale e principio di non discriminazione potrebbe, in concreto, anche risolversi nell'impossibilità tecnica di giungere ad una tutela in forma specifica, anche attraverso il rimedio della "rimozione degli effetti" quando essa leda una posizione di libertà altrimenti riconosciuta dall'ordinamento; in questo caso, la tutela si fermerebbe al solo risarcimento del danno. La sussistenza di uno "scopo" discriminatorio, in base al quale Tizio non concede in locazione l'immobile a Caio perché cittadino extracomunitario, assume, comunque, una autonoma rilevanza in forza degli artt. 2 e 3, d.lgs. n. 215 del 2003, e dell'obbligo di buona fede nelle trattative, la cui violazione comporterà la risarcibilità del danno non patrimoniale, ex art. 4, comma 4, dello stesso d.lgs. Circa i poteri officiosi del giudice sull'autonomia negoziale, cfr. la disciplina di cui alla legge 18 giugno 1998, n. 192, che prevede il potere del giudice di dichiarare la nullità dell'accordo che risulta gravemente iniquo in danno del creditore e, avuto riguardo all'interesse del creditore, alla corretta prassi commerciale, alla natura della merce o dei servizi oggetto del contratto, alla condizione ed ai rapporti commerciali tra le parti, di applicare i termini legali ovvero di ricondurre ad equità il contenuto dell'accordo: cfr. MAZZAMUTO S., *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012, 101 ss., sui limiti del potere integrativo del giudice sia per la necessità che sia rispettata la corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, sia nel senso che i presupposti della nullità devono risultare dagli atti acquisiti al processo e *non aliunde*. In merito al dibattito sul potere del giudice di incidere sull'autonomia contrattuale, conseguente a Cass., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Foro it.*, 2005, 2985, con nota di PALMIERI A., *Supervisione sistematica delle clausole penali: riequilibrio (coatto e unidirezionale) a scapito dell'efficienza?*, in *Foro it.*, 2006, 106 ss., e di BITETTO A., *Riduzione «ex officio» della penale: equità a tutti i costi?*, *ibidem*, 432 ss.; sulla scorta dei primi rilievi di FERRI G.B., *Autonomia contrattuale, doveri di solidarietà e ruolo del giudice*, in *Il diritto civile oggi*.

È invece la specificità del rapporto amministrativo che attribuisce normatività a tali diritti, autonomamente ed indipendentemente dalla razionalità pubblicistica e privatistica.

La neutralità della prospettiva debole sembra, in conclusione, consentire la ricostruzione del rapporto in termini unitari e differenziati dal diritto pubblico e privato, superando quella impostazione in termini verticalistici e bifasici che da sempre caratterizza la ricostruzione dell'attività dell'amministrazione, soprattutto nel campo dell'attività di diritto privato.

---

*Compiti scientifici e didattici del civilista. Atti del I convegno nazionale della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile*, Napoli, 2006, 825 ss. Del resto, come rileva TEUBNER G., *Dopo la privatizzazione: il ritorno dei conflitti politici nei private governments*, in ID., *Diritto policontestuale: prospettive giuridiche della pluralizzazione dei mondi sociali*, Napoli, 1999, 175, «per il diritto privato ciò significa che non solo le strutture concettuali della dottrina devono essere preparate a tali conflitti, ma anche il diritto procedurale, norme di legittimazione processuale, legittimazione collettiva, rendono il diritto privato più responsivo alle nuove conflittualità causate dalla privatizzazione stessa».





## CAPITOLO V

# LA FUNZIONALITÀ

SOMMARIO: V.1. Autonomia negoziale e autonomia funzionale: convivenza ed estraneità. – V.2. Le nuove immagini dell'autonomia privata. – V.3. La funzionalizzazione oltre le razionalità classiche.

Per attribuire rilevanza al perseguimento dell'interesse pubblico anche nell'attività di diritto privato si ricorre al concetto di “funzionalizzazione”<sup>241</sup>, quale limite all'autonomia negoziale dell'amministrazione.

Di talché, si ritiene che nella disciplina dell'attività con-

---

<sup>241</sup> Sul principio di funzionalizzazione in tale ambito, cfr. DUGATO M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996, 18 ss.; BRUTI LIBERATI E., *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, Milano, 1996, 85; CIVITARESE MATTEUCCI S., *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1997, 85 ss.; PORTALURI P.L., *Potere amministrativo e procedimenti concorsuali. Studi sui rapporti a collaborazione necessaria*, Milano, 1998, 221; BENEDETTI A., *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, 1999, 119 ss.; MASSERA A., *I contratti*, in *Trattato di Diritto Amministrativo*, cit., 1547 ss. Da ultimo PAJNO A., *Gli enti locali e gli strumenti di diritto privato*, in *Dir. amm.*, 2010, 555 ss., ove ulteriori riferimenti giurisprudenziali.

vergano regole e principi, estranei al diritto privato<sup>242</sup>, che consentono di perseguire l'interesse pubblico e tutelare al contempo interessi e aspettative degli operatori privati, quali il buon andamento, l'efficacia, l'imparzialità, la trasparenza, la concorrenzialità tra gli operatori, la ragionevolezza e la proporzionalità.

La funzionalizzazione dell'attività di diritto privato della pubblica amministrazione, nel suo significato sostanziale di attività assoggettata al perseguimento del fine pubblico<sup>243</sup>, costituisce il presupposto per l'applicazione del regime amministrativo e per la qualificazione pubblicistica di taluni degli atti posti in essere dall'amministrazione nelle varie fasi tipiche del rapporto negoziale, dall'instaurazione del vincolo alla fase di gestione e di adempimento dell'obbligazione.

La qualificazione pubblicistica, come si è detto, è ritenuta necessaria sia per la tutela dei terzi, che possono impugnare gli atti della procedura concorsuale che, in un'ottica totalmente privatistica, sarebbero privi di legittimazione, sia in ragione della funzionalizzazione dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione.

Come si è già anticipato, nell'affrontare il tema dell'attività amministrativa di diritto privato, sono state recentemente prospettate due tesi radicali.

---

<sup>242</sup> Sull'estraneità dell'impostazione funzionale rispetto alla disciplina contrattuale comune, CERULLI IRELLI V., *Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione*, in *Costituzione e amministrazione. Documenti di un itinerario riformatore (1996-2002)*, Torino, 2002, 385 ss.

<sup>243</sup> Naturalmente la nozione di funzione deve essere intesa "in senso ampio", cfr. GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1988, 445 ss. Sul diverso significato della nozione di funzione v. *amplius* MIELE G., *Funzione pubblica*, in *Noviss. Dig. it.*, VII Torino, 1961, 686; MODUGNO F., *Funzione*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 301.

La prima, volta a ricondurre l'attività amministrativa di diritto privato nell'ambito dello statuto unitario dell'attività amministrativa sotto l'egida del principio della funzionalizzazione, di talché ritenere che l'amministrazione sia dotata di autonomia privata significa ridurre il problema ad un gioco di parole<sup>244</sup>.

La seconda, altrettanto estrema, ritiene che il ricorso al diritto privato comporti la trasformazione del potere amministrativo, anche di quello discrezionale: trasformazione che consiste appunto nella defunzionalizzazione dell'attività dell'amministrazione<sup>245</sup>.

#### V.1. AUTONOMIA NEGOZIALE E AUTONOMIA FUNZIONALE: CONVIVENZA ED ESTRANEITÀ.

Non sono mancate in passato prospettazioni che, in ragione della funzionalizzazione dell'attività amministrativa, hanno negato che l'amministrazione disponga di autonomia negoziale, in ragione della capacità limitata derivante dall'assunto, ispirato al principio anglosassone *nec ultra vires*, che il vincolo di scopo non solo determini l'esistenza dell'amministrazione, ma costituisca anche il limite naturale della sua attività<sup>246</sup>.

In questa prospettiva, poiché i limiti all'autonomia delle

---

<sup>244</sup> SCOCA F.G., *Autorità e consenso*, cit.

<sup>245</sup> ORSI BATTAGLINI A., *Fonti normative e regime giuridico del rapporto di impiego con enti pubblici*, cit., 1489.

<sup>246</sup> CAMMEO C., *I contratti della pubblica amministrazione*, cit., 131 ss.; CANTUCCI M., *La capacità di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., 5 ss.; NIGRO A., *Banche private e banche pubbliche, rilevanza dell'oggetto e limiti dell'attività*, in *Riv. dir. comm.*, 1972, 58 ss.

persone giuridiche sarebbero posti dall'ordinamento in maniera costitutiva, la capacità giuridica risulterebbe limitata al perseguimento di quegli interessi pubblici definiti dalla legge, dall'atto costitutivo o dallo statuto.

Il margine di scelta dell'amministrazione si ridurrebbe così alla mera opzione per l'utilizzo dello strumento privatistico, mentre dovrebbe escludersi *a priori* il riconoscimento della capacità giuridica piena; oltretutto, trattandosi di elemento costitutivo della personalità, l'inosservanza di ogni limite imposto dalla legge comporterebbe l'invalidità dell'atto e, sotto questo profilo, anche una parte della dottrina amministrativistica, peraltro minoritaria, ha ritenuto di costruire la teoria del vincolo di scopo come limite alla capacità di diritto privato delle persone giuridiche pubbliche, ipotizzando diverse cause di invalidità dei negozi di diritto privato nel caso di violazione del principio di aderenza allo scopo o dell'attuazione degli obiettivi perseguiti <sup>247</sup>.

Secondo la scienza amministrativistica contemporanea, invece, la funzionalizzazione dell'attività dell'amministrazione non incide sulla capacità piena e generale della persona giuridica pubblica <sup>248</sup> che rimane tale pur riconoscendo che

---

<sup>247</sup> CAMMEO C., *I contratti della pubblica amministrazione*, cit., 142 ss.

<sup>248</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. IV, 24 giugno 2003, *Stretch c. Regno Unito*, n. 44227/98, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 304, con la quale si accerta il contrasto con l'art. 1, del Primo protocollo aggiuntivo della Convenzione del rifiuto dell'amministrazione inglese di rinnovare un contratto sull'assunto della nullità del contratto originario stipulato da un soggetto pubblico oltre i limiti statutariamente previsti: D'ALBERTI M., *I «public contracts» nell'esperienza britannica*, Napoli, 1984. In Italia, secondo la nota pronuncia Cass., sez. un., 12 maggio 2008, n. 11656, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 10, 2139 ss. «Nel nostro ordinamento non vige il sistema del *nec ultra vires* (che caratterizza invece l'attività delle persone

quest'ultima è indissolubilmente legata al perseguimento dell'interesse pubblico, inteso tuttavia come vincolo di scopo, che si colloca a monte di tutta l'attività amministrativa.

In questa prospettiva, la funzionalizzazione consente di articolare il principio di legalità, sia come strumento di garanzia (legalità-garanzia) che come impulso (legalità-indirizzo), rivalutandolo come fattore unificante di tutta l'attività amministrativa<sup>249</sup> e quindi anche di quella di diritto privato<sup>250</sup>.

Si ritiene comunemente che i vincoli imposti dalla natura funzionale dell'attività che discendono dalla legge e dai principi generali (buon andamento, imparzialità e trasparenza) non si traducano in limiti della capacità giuridica dell'amministrazione dal punto di vista privatistico; in primo luogo, perché tale conclusione non trova riscontro alcuno nel diritto positivo e, in ogni caso, perché si tratta di limiti di natura pubblicistica, ovvero derivanti dalla circostanza che l'amministrazione sia titolare anche di una capacità di diritto pubblico, che deve necessariamente essere esercitata nei limiti e nei modi imposti dalla legge.

Si esclude pertanto che le limitazioni che la disciplina di specie può imporre in ordine alla conclusione di particolari

---

giuridiche di diritto pubblico nel sistema anglosassone) e, pertanto, sia le persone giuridiche pubbliche che private hanno la medesima capacità giuridica, per cui la p.a. può porre in essere contratti di diritto privato in assenza di specifici divieti»; in dottrina, sull'inapplicabilità nel nostro ordinamento del principio *nec ultra vires*, cfr. CERULLI IRELLI V., *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, cit., 218 ss.; PAJNO A., *Gli enti locali e gli strumenti di diritto privato*, cit.

<sup>249</sup> ALLEGRETTI U., *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, 137 ss. e più recentemente LOLLI A., *L'atto amministrativo nell'ordinamento monocratico*, Milano, 2000, 226 ss.

<sup>250</sup> MARZUOLI C., *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., 46.

negozi giuridici o alla loro stessa utilizzazione, incidano sulla capacità di diritto privato dell'amministrazione, costituendo piuttosto la misura e i confini dell'autonomia pubblica di cui questa è dotata<sup>251</sup>.

---

<sup>251</sup> Il comma 1 *bis* innestato nell'art. 1 della legge n. 241 del 1990 dalla legge n. 15 del 2005 prevede che «la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente». Questa disposizione presenta, come subito emerso, un significato enigmatico e, forse, vuoto di contenuti innovativi: NAPOLITANO G., *L'attività amministrativa e il diritto privato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 482; SATTA F., *La riforma della l. n. 241 del 1990: dubbi e perplessità*, in <http://www.giustamm.it>, osserva come «il comma 1 *bis* si presta a gravi equivoci» poiché la dizione secondo cui la p.a. «agisce secondo le norme del diritto privato» sarebbe molto più ampia della locuzione «utilizza gli strumenti del diritto privato» e consentirebbe di affermare che l'amministrazione sia svincolata dalla regola dell'interesse pubblico. Per TRAVI A., *La l. n. 15 del 2005: verso un nuovo diritto amministrativo*, in *Corr. giur.*, n. 4, 2005, 449, «non è chiaro quale potrà essere la portata pratica di questa disposizione». Secondo GIACCHETTI S., *Giurisdizione amministrativa e l. n. 15 del 2005: verso la riscoperta dell'unitarietà dell'interesse pubblico o verso una riserva indiana*, in *Cons. Stato*, 2005, II, 395 ss., al di là di numerosi rilievi critici cui la norma si presta, essa avrebbe tuttavia introdotto un'affermazione di principio di alto valore sistematico, vale a dire la sottoposizione dell'attività amministrativa non autoritativa da chiunque esercitata in regime di diritto privato (quella che l'A. chiama «diritto privato speciale di interesse pubblico») al rispetto dei medesimi canoni di economicità, efficacia, pubblicità e trasparenza del procedimento amministrativo, giusta il disposto del nuovo comma 1 *ter* dell'art. 1, legge n. 241 del 1990, il che avrebbe condotto, «non a una (inimmaginabile) privatizzazione del pubblico, ma ad una pubblicizzazione del privato perché nell'amministrazione di diritto privato l'*hardware* è (apparentemente) destinato a rimanere lo stesso ma il *software* è destinato ad essere radicalmente cambiato». Secondo, CERULLI IRELLI V., *Verso un più compiuto assetto della disciplina generale dell'azione amministrativa (primo commento alla l. n. 15 del 2005 recante modifiche e integrazione alla l. n. 241 del 1990)*, in

Posto il legame inscindibile tra principio di legalità e vincolo di scopo, dal quale consegue la funzionalizzazione dell'attività di diritto privato dei soggetti pubblici, quando dall'attività di diritto pubblico si passa a esaminare quella di diritto privato, sorge la questione dell'incidenza del vincolo di scopo o, più in generale, della funzione poiché, mentre per l'attività amministrativa di diritto pubblico è comunemente riconosciuta l'esistenza di vincoli all'esercizio del potere discrezionale di scelta, con riferimento a quella di diritto privato il profilo della funzionalizzazione è parso subito molto più complesso e delicato<sup>252</sup>.

---

<http://www.astridonline.it>, «Da un punto di vista sistematico la norma vuol significare una inversione di tendenza rispetto all'impostazione tradizionale, secondo la quale il diritto pubblico è il diritto normale dell'amministrazione e in caso di dubbio interpretativo sono sempre le norme di diritto pubblico a doversi applicare da parte delle pubbliche amministrazioni e non quelle di diritto comune. Sulla base di questa impostazione, infatti, l'agire secondo il diritto pubblico è la regola per le pubbliche Amministrazioni; l'agire secondo il diritto privato l'eccezione, limitata ai casi espressamente previsti dalla legge. Questo principio, peraltro da ritenere superato sia nella prassi applicativa delle pubbliche amministrazioni, sia nelle impostazioni dottrinali e giurisprudenziali, viene ribaltato dalla norma in esame». È significativo però che lo stesso A. concluda nel senso del valore soprattutto ottativo e programmatico della norma che, anche per una particolare lettura dell'inciso «salvo che la legge disponga diversamente» tale da «rinviare oltre» il problema applicativo, fa praticamente salve tutte le discipline vigenti che postulano atti a regime pubblicistico (ragion per cui, all'atto pratico, sembra che nell'immediato non debba cambiare niente).

<sup>252</sup> GIANNINI M. S., *Diritto amministrativo*, Milano, II, 1993, 61, secondo cui «è evidente che in sede concettuale autonomia privata e potere amministrativo non hanno alcun rapporto; stanno, come si dice, su piani diversi. [...] In linguaggio più preciso si può dire che autonomia privata e discrezionalità non sono concetti omogenei, onde non sono tra loro rapportabili. L'autonomia privata è una posizione giuridica soggettiva [...] la

Infatti, l'inconciliabilità tra autonomia privata e funzionalizzazione aveva in passato portato la dottrina a negare l'esistenza stessa di un vincolo pubblicistico riferibile agli atti di diritto privato, per non veder minata profondamente la capacità giuridica generale dell'amministrazione, assunta come principio irrinunciabile.

Il problema è stato superato considerando il vincolo di scopo come elemento essenziale dello statuto dell'amministrazione e quindi riferibile all'attività nella sua globalità e giungendo quindi a ritenere che l'attività amministrativa di diritto privato possa altresì restare soggetta ai limiti derivanti dallo scopo, inteso quale limite generale all'azione dei soggetti pubblici, che tuttavia non incide sulla capacità giuridica di questi secondo il diritto privato.

Da questo punto di vista, si ritiene che anche l'attività contrattuale costituisca esercizio di un potere pubblico e, in questa prospettiva unitaria, sia condizionata dal vincolo di scopo<sup>253</sup>.

---

discrezionalità è la qualità di una specie di potestà non libere [...] la discrezionalità attiene alla funzione, l'autonomia privata alla posizione dell'amministrazione agente *uti privatus*». Più recentemente VILLATA R.-RAMAJOLI M., *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 70 s.: «la funzionalizzazione della scelta che avviene nell'esercizio del potere discrezionale consente altresì di distinguere discrezionalità e autonomia privata [...] alle libere scelte espressione di autonomia privata non è imposto alcun fine da perseguire ed esse sono soggette solo a limiti d'ordine negativo, destinati ad impedire alle azioni umane di uscire dalla sfera del lecito. [...] La scelta compiuta nell'esercizio dell'attività discrezionale è funzionalizzata ad interessi non propri dell'amministrazione agente, è vincolata nel fine».

<sup>253</sup> Secondo tale prospettazione, la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato non opera con riferimento all'attività amministrativa in quanto tale (e cioè ai «poteri» amministrativi), ma in relazione agli strumenti, con la conseguenza che non si può parlare di «poteri di diritto comune» dell'amministrazione, ma soltanto di «poteri amministrativi» SCOCA F.G.,



Si osserva peraltro che autonomia privata e vincolo di scopo si collocano su piani diversi, rilevandosi che l'indicazione di scopo e non il generico vincolo al perseguimento dell'interesse pubblico «si colloca su un piano del tutto estraneo all'atto di diritto privato e alla vicenda della formazione della volontà privatistica; opera come una norma e non comporta alcuna alterazione degli elementi strutturali dell'atto privato»<sup>254</sup>.

In tale prospettiva, il vincolo di scopo non si manifesta quale presupposto pubblicistico della manifestazione di volontà privatistica dell'amministrazione, ma come integrazione della disciplina legale dell'attività amministrativa di diritto privato, che non costituisce motivo dell'atto di diritto privato, ma ne condiziona la validità in quanto elemento obiettivato della disciplina legale dell'attività amministrativa di diritto privato<sup>255</sup>.

Il vincolo di scopo si appalesa quindi assolutamente compatibile con il riconoscimento della piena autonomia privata dell'amministrazione, la quale tuttavia ha come motivo ultimo e limite estremo dell'azione proprio la cura di quel determinato interesse pubblico, eterodeterminato e non più disponibile, al raggiungimento del quale è vincolata e limitata proprio dall'autonomia (funzionale) che l'ordinamento le ri-

---

*Poteri amministrativi e strumenti di diritto pubblico e privato. A margine di un recente disegno di legge, cit., 43 ss.; dall'altra, che la via maestra dell'applicazione del diritto privato alla pubblica amministrazione non dà alcun frutto in presenza del principio di legalità, secondo MERUSI F., Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano, in Dir. amm., 2004, 656 ss.*

<sup>254</sup> MARZUOLI C., *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., 152 s.

<sup>255</sup> MARZUOLI C., *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., 162 ss.

conosce; e sono proprio i limiti di quest'ultima che inevitabilmente si riflettono sull'esercizio dell'autonomia contrattuale, in una sorta di relazione biunivoca<sup>256</sup>.

Nell'ambito dell'azione consensuale dell'amministrazione si sovrappongono quindi indissolubilmente le facoltà esercitate in posizione di autonomia privata e i poteri propri della discrezionalità amministrativa, in una prospettiva che, tentando di armonizzare il regime pubblicistico con quello privatistico<sup>257</sup>, richiede che la funzione debba permanere intatta nell'individuazione dei contenuti dell'accordo, nella conclu-

---

<sup>256</sup> V. Cons. Stato, ad. plen., 3 giugno 2011, n. 10, ove si osserva che «in assenza di una disposizione di legge in senso contrario, è fatto divieto alle Università degli studi di istituire società di capitali non strumentali alle loro finalità istituzionali di insegnamento e di ricerca, ma con scopo meramente lucrativo, operando sul mercato, in concorrenza con operatori privati, e accettando commesse sia da enti pubblici che da privati, fruendo per di più dei privilegi propri delle Amministrazioni pubbliche, atteso che il limite al quale soggiace lo svolgimento da parte delle stesse di attività estranea con le suddette finalità non è di compatibilità, ma di strumentalità». In applicazione di detti principi, la Plenaria ha viceversa ritenuto legittima la costituzione da parte di un'università di una società di progettazione, in quanto tale partecipazione non si risolve nello svolgimento di un'attività di lucro, ma persegue obiettivi di specializzazione e sperimentazione in ambiti di alta complessità tecnica, compatibili in quanto tali con i fini istituzionali di ricerca dell'istituzione universitaria.

<sup>257</sup> Sulla necessità di superare la contrapposizione tra potere pubblico e potere negoziale, già ORSI BATTAGLINI A., *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 39 ss., secondo cui «anche i poteri negoziali, almeno nell'ambito classico della loro collocazione nel campo dell'autonomia privata, esprimono una disponibilità degli interessi in causa, sono diretti a risolvere un conflitto e a definire sfere giuridiche, sono regolati dalla legge solo quanto alle modalità di esercizio e sono insindacabili rispetto al risultato, cioè al modo in cui il conflitto è stato risolto. Sono dunque poteri dotati degli stessi caratteri di innovatività e definitività che contraddistinguono i poteri pubblici» (41).

sione del negozio e infine nel corso dell'esecuzione del rapporto che ne deriva.

Da qui si chiude il circuito che partendo dalla natura funzionale dell'attività ne afferma la sottoposizione al giudice amministrativo, il quale, a sua volta, applica le categorie del pubblico<sup>258</sup>.

In generale, si può affermare che i limiti derivanti dal vincolo teleologico che le amministrazioni incontrano nell'attività di diritto privato, partendo dal presupposto della loro piena capacità di autodeterminazione, non comportano di regola preclusioni assolute, cioè espressamente stabilite, né relative alla causa del contratto o al suo oggetto, né tantomeno ai tipi negoziali.

Peraltro, si è correttamente osservato che la qualificazione degli atti di esercizio dei poteri contrattuali della parte pubblica come provvedimenti anziché come dichiarazioni negoziali fondate su norme di diritto privato speciale risponde alla specifica esigenza di soddisfare il «principio di legalità-garanzia» e la «correlazione necessaria tra potestà e interesse pubblico specifico per il quale la potestà è data», di talché ci si deve chiedere «cosa rimanga delle ragioni che renderebbero il contratto preferibile al provvedimento, quando il contratto fosse reso sufficientemente affine al provvedimento, così da poterlo sostituire senza perdita delle garanzie che sono offerte dal regime amministrativo»<sup>259</sup>.

Il problema della conciliazione tra autonomia negoziale e vincolo di scopo si pone in termini diversi per quella dottrina

---

<sup>258</sup> Per un'analisi problematica del circuito descritto, v. SANDULLI A., *Il giudice amministrativo e la sua giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. publ.*, 2000, 1400 ss.

<sup>259</sup> TRIMARCHI BANFI F., *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, cit., 664 ss.

che ritiene che il predetto vincolo sia comunque espressione di eterodeterminazione pubblicistica e come tale incompatibile con la privatizzazione dell'attività dell'amministrazione. Si ritiene così che l'attività amministrativa di diritto privato non sia funzionalizzata poiché l'interesse pubblico si pone come mero motivo o scopo dell'azione, ma non assume rilievo giuridico nella disciplina del rapporto<sup>260</sup>.

Più in generale si mette in dubbio che la funzionalizzazione si traduca necessariamente in un regime unitario dell'attività, capace di qualificare in termini pubblicisti gli elementi che possono ricorrere in quella privata, elementi come la procedimentalizzazione, la partecipazione o la motivazione della decisione finale, così come la sottoposizione ai medesimi principi non assicura che questi verranno applicati allo stesso modo, né che la funzionalizzazione operi alla stessa maniera.

Più radicalmente si afferma invece che la funzionalizzazione dell'attività amministrativa di diritto privato, pur ridimensionando l'imperatività del potere amministrativo, non è idonea a neutralizzare l'autoritatività insista nella nozione stessa di funzione, che non può ritenersi compatibile con la privatizzazione e con i principi dell'autonomia privata, di talché non può che derivare la perdita del carattere funzionale dell'attività.

Conclusivamente, nel campo dell'attività amministrativa di diritto privato, si sostiene che il regime pubblicistico sia l'unico a garantire la funzionalizzazione dell'autonomia negoziale dell'amministrazione e, all'opposto, che la scelta del regime privatistico escluda la funzionalizzazione dell'attività medesima.

Entrambe le tesi partono da una concezione dell'autono-

---

<sup>260</sup> STICCHI DAMIANI E., *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992, 34.

mia privata e del negozio giuridico di tipo giusnaturalistico, ossia come manifestazione della volontà e autoresponsabilità del soggetto, come forza determinante ed efficace, che assorbe e permea di sé l'intero tessuto negoziale e, pertanto, incompatibile con qualsiasi forma di funzionalizzazione ed eterodeterminazione.

## V.2. LE NUOVE IMMAGINI DELL'AUTONOMIA PRIVATA.

Può dirsi che la dottrina civilistica abbia ormai definitivamente abbandonato la teoria metafisica del *qui dit contractuel dit juste*<sup>261</sup>, che individua il fondamento della autonomia contrattuale<sup>262</sup> direttamente nella volontà del soggetto che è legittimato ad esprimerla in forza della sua autoresponsabilità morale e senza vincoli dal diritto positivo.

La primigenia funzione della teoria volutaristica<sup>263</sup> è sta-

---

<sup>261</sup> Secondo la nota affermazione di Fouillée, (FOUILLEE A., *La science sociale contemporaine*, Paris, 1885, 410) sulla quale recentemente di SPITZ J-F., "*Qui dit contractuel dit juste*": *quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2007, 281 ss.

<sup>262</sup> Per una panoramica sovranazionale sulle diverse concezioni dell'autonomia privata cfr. RÖDL F., *Contractual Freedom, Contractual Justice, and Contract Law (Theory)*, in *Law and Contemporary Problems*, 2013, 59 s., in Italia, cfr. NAVARRETTA E., *L'evoluzione della libertà contrattuale tra ideologie e principi*, in *Quaderni fiorentini*, XLIII, 2014, 589 ss.

<sup>263</sup> SAVIGNY F.C., *System des heutigen römischen Rechts*, cit., precisando che agli individui spetta la «capacità naturale [...] di indurre mutamenti nell'ambiente giuridico mediante atti volontari» (§ 113), definisce i negozi giuridici «quei fatti giuridici, che non solo sono atti liberi, ma tali che al tempo stesso la volontà dello agente è diretta immediatamente alla costituzione o allo scioglimento di un rapporto giuridico» (§ 114), specificando che l'elemento essenziale del negozio è la sola volontà, pur se la stessa deve comunque estrinsecarsi per essere conoscibile all'esterno

ta quella di assicurare, sul piano storico, l'attuazione del principio di uguaglianza formale tra le parti, alimentando, sotto l'egida della pandettistica, il tentativo di introdurre istituti ispirati all'incontrastata tutela del volere<sup>264</sup>, cui si affiancheranno nel tempo tesi volte a conciliare l'autonomia contrattuale con l'ordinamento giuridico<sup>265</sup>.

Sarà il giuspositivismo a mettere in dubbio il dogma volontaristico dell'autonomia negoziale e ad affermare che la dimensione giuridica del contratto deriva dal sistema normativo sovraordinato e non direttamente dalla volontà del soggetto<sup>266</sup>.

La relazione conflittuale tra legge e volontà, tra concezione volontaristica del negozio giuridico<sup>267</sup> e la sua ricostru-

---

(«propriamente la volontà di per se stessa deve essere considerata come l'unico elemento importante ed efficace [del negozio], e soltanto perché essa è un fatto interiore, invisibile, noi abbiamo bisogno di un segno, per il quale essa possa esser conosciuta dagli altri, e questo segno, mediante il quale la volontà si fa palese, è appunto la dichiarazione») (§ 134). Anche DENBURG H., *Pandekten*, I, Berlin, 1884; WENDT O., *Lehrbuch der Pandekten*, Jena, 1888; WINDSCHEID B., *Lehrbuch der Pandektenrecht*, cit.; REGELSBEGER F., *Pandekten*, I, Leipzig, 1895.

<sup>264</sup> Nota la posizione di Windscheid in merito alla rilevanza della presupposizione WINDSCHEID B., *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Düsseldorf, 1850, 7.

<sup>265</sup> HOLDER E., *Pandekten*, Freiburg, 1891, 208; BULOW O., *Das Geständnisrecht. Ein Beitrag zur allgemeinen Theorie der Rechtshandlungen*, Freiburg-Leipzig-Tübingen, 1899.

<sup>266</sup> IRTI N., *Autonomia privata e forma di Stato (intorno al pensiero di Hans Kelsen)*, cit.; peraltro, secondo SCOGNAMIGLIO R., *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969, 62, già BRINZ A., *Pandekten*, II, Erlangen, 1857, aveva sostenuto che sarebbe la vigenza del diritto e non la volontà del privato da imprimere ad un'azione il carattere negoziale.

<sup>267</sup> CARIOTA FERRARA L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948; STOLFI G., *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961.

zione in termini di autoregolamento<sup>268</sup>, troverà successivamente più evolute soluzioni di equilibrio<sup>269</sup>, individuando nella funzione economico-sociale un limite alla volontà, ma al contempo il ritrovato fondamento dell'autonomia negoziale<sup>270</sup>.

Nella evoluzione delle riflessioni sull'autonomia contrattuale segna un passaggio fondamentale l'entrata in vigore della Carta costituzionale, alimentando il tentativo di rinvenirne l'indiretto riconoscimento costituzionale<sup>271</sup>.

Oltre al riconoscimento della libertà di iniziativa privata<sup>272</sup>, il principio di uguaglianza diviene così l'indiscutibile e

---

<sup>268</sup> BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1950; SCOGNAMIGLIO R., *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950.

<sup>269</sup> SCALISI V., *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, Milano, 1998, che tenta di individuare un punto di «incontro tra negozio e ordinamento».

<sup>270</sup> FERRI G.B., *Meritevolezza di interesse e utilità sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, 90.

<sup>271</sup> Il principio della libertà di contratto, codificato nell'art. 1322 c.c., non è specificamente garantito per sé stesso dalla Costituzione italiana secondo RESCIGNO P., voce *Contratto*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988, 10 ss.; PACE A., *Libertà "del" mercato e "nel" mercato*, in *Pol. dir.*, 1993, 327 ss., né con disposizione espressa come nella Costituzione di Weimar (art. 152), né con norma implicita come nella Costituzione di Bonn (art. 2, Abs. 1) aggiunge MENGONI L., *Autonomia provata e costituzione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, 1; nonché ALPA G., *Autonomia delle parti e libertà contrattuale, oggi*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, 571 ss., il quale ripercorre le sorti della libertà contrattuale nella prospettiva connessa con l'applicazione dei diritti fondamentali riconosciuti nelle carte costituzionali e nelle esperienze costituzionali dei Paesi membri.

<sup>272</sup> Cfr. sul rapporto tra l'art. 41 Cost. e l'art. 2087 c.c. come viatico per il passaggio della tutela dall'impresa al contratto, cfr. NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza*, 1961, ora in *Diritti fon-*

costante referente costituzionale della autonomia contrattuale, correlato direttamente alla clausola di buona fede, in un processo volto a sostituire, in parallelo con la progressiva valorizzazione delle norme sui diritti fondamentali della persona, l'astratta uguaglianza formale tra le parti con una visione del contratto nello spettro dell'uguaglianza sostanziale, intesa come uguaglianza in concreto, tesa a garantire alle parti una reale parità di accesso allo strumento negoziale<sup>273</sup>.

La riflessione si sposta quindi su prospettive ricostruttive in grado di comprendere ed attribuire rilevanza all'asimmetria contrattuale.

Sono gli anni in cui si ritiene, da una parte, che il problema dell'uguaglianza sia stato risolto dal legislatore<sup>274</sup> e, dall'altra, che la tutela apprestata dal diritto positivo al contraente debole sia insufficiente e sia necessaria un'interpretazione della norma costituzionale volta ad attribuire al giudice il compito di assicurare l'uguaglianza sostanziale tra le parti alla luce del canone dell'utilità sociale e della buona fede oggettiva<sup>275</sup>, ponendo le basi per un futuro e più radicale ripensamento dell'autonomia contrattuale.

Nel periodo successivo si assiste ad una svolta interventista del legislatore che plasma la disciplina contrattuale al fine di farne strumento per l'intervento pubblico nell'economia<sup>276</sup>,

---

*damentali e categorie civilistiche. Scritti di Ugo Natoli*, Milano, 1993, 669 e ss.; ID., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in Tratt. dir. civ. comm. diretto da A. Cicu e F. Messineo, vol. XVI, t. 2, Milano, 1984.

<sup>273</sup> RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969.

<sup>274</sup> RESCIGNO P., *Principio di uguaglianza nel diritto privato*, Napoli, 1959.

<sup>275</sup> DI MAJO A., *Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto*, in Riv. dir. comm., 1970, 202 ss.

<sup>276</sup> L'interventismo legislativo caratterizza gli anni Settanta: v. AA.VV.,



mettendo in discussione la tradizionale concezione del negozio giuridico come istituto volto alla composizione di interessi contrapposti in una dimensione di sostanziale libertà<sup>277</sup>.

Con l'introduzione per via normativa dell'obbligo a contrarre, dell'inserzione automatica di clausole, del controllo dei prezzi, dei vincoli in materia di locazione, si assiste ad una autentica mutazione genetica dell'autonomia privata: la categoria astratta del negozio giuridico<sup>278</sup>, edificata per glorificare il dogma volontaristico, si eclissa definitivamente per lasciare il posto ad una nuova lettura del modello contrattuale.

La reazione a tale compressione dell'autonomia privata è costituita dal richiamo alle origini, con la constatazione che

---

*Aspetti privatistici della programmazione economica, Atti della Tavola Rotonda tenuta a Macerata nei giorni 22-24 maggio 1970, Milano, 1971.*

<sup>277</sup> BARCELLONA P., *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, 1 ss., ed ivi ampi riferimenti bibliografici; per la teoria della «conformazione dell'autonomia privata» cfr. SCALISI V., *Regola e metodo del diritto civile della postmodernità*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 292 ss.; più di recente, PATTI, *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*, Milano, 2013.

<sup>278</sup> Il negozio giuridico non è più una categoria giuridica, ma storiografica secondo IRTI N., *Lecture bettiane del negozio giuridico*, Milano, 1991. Rimangono fondamentali le sagaci riflessioni di GALGANO, *Cronaca di una morte annunciata (e di una inattesa reincarnazione)*, in *Contratto e impresa*, 2008, 259 s.: «La morte che ora narro non è, come nel celebre romanzo, la dipartita di un essere umano, bensì la morte di un concetto, ossia del concetto di negozio giuridico [...]. Si è trattato, proprio come nel romanzo di Gabriel García Márquez, di una morte annunciata [...]. Nel lessico corrente la parola “negozio” ha perso il sopra ricordato significato originario del latino *negotium*, equivalente ad affare [...] Oggi, negozio equivale a bottega, locale di vendita al pubblico; corrisponde, per dirla in inglese, a *store*, *shop*. Perciò, non può stupire che negozio giuridico, morto nel lessico giuridico, si reincarni nel lessico corrente».

l'autonomia privata, anche nella nuova dimensione costituzionale «non può subire limiti diversi da quelli posti esplicitamente dalla legge» intesa, nella rinnovata ottica del ritorno al contratto, «come eccezione alla regola della libertà contrattuale»<sup>279</sup>.

Si assiste negli anni Novanta, al cospetto dei sempre più incisivi interventi regolatori delle *authorities* poste a tutela dei fondamentali segmenti del mercato, ad una nuova conformazione dall'interno dei poteri privati, funzionale alla realizzazione di un mercato realmente concorrenziale<sup>280</sup> e di un nuovo principio di uguaglianza effettiva e sostanziale tra le parti<sup>281</sup>.

La disciplina sulla concorrenza e la tutela del consumatore segnano, in particolare, il definitivo tramonto del modello contrattuale classico, attivando correttivi decisivi alle situazioni di asimmetria contrattuale e riproponendo in questa nuova prospettiva i classici strumenti dell'obbligo a contrarre e dell'inserzione automatica di clausole.

Il riconoscimento da parte dei Trattati dell'Unione delle quattro libertà fondamentali determina poi, anche attraverso le numerose pronunce della Corte di Giustizia, un cauto rilancio dell'autonomia contrattuale quale strumento per l'esercizio delle medesime libertà, nell'ambito tuttavia della ricerca

---

<sup>279</sup> GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, Padova, 2004.

<sup>280</sup> ZOPPINI A., *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in OLIVIERO G.-ZOPPINI A., *Contratto e antitrust*, Roma, 2008 16, secondo cui si sarebbe al cospetto di un vero e proprio vincolo teologico all'autonomia negoziale.

<sup>281</sup> Cfr. i contributi di SCHLESINGER P., *Il «nuovo» diritto dell'economia*, in GITTI G. (cur.), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti. Le metamorfosi del contratto*, Bologna, 2006, 54 ss. e MERUSI F., *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, *ivi*, 94 ss.

del delicato equilibrio tra diritti inviolabili e libertà economiche fondamentali<sup>282</sup>.

Ma l'evoluzione dell'autonomia negoziale conosce, nel nuovo millennio, un nuovo e improvviso impulso nell'ambito di quella che è stata definita una «nuova costituzionalizzazione» del diritto privato<sup>283</sup> conseguente alla sempre più incisiva influenza del diritto e dei principi dell'Unione Europea, che disegnano un modello di diritto contrattuale regolatorio, nel quale il contratto è funzionale ad obiettivi generali diversi dal puro interesse egoistico delle parti, ma anche da quelli del mercato<sup>284</sup>.

Il Trattato di Lisbona appare indiscutibilmente volto ad imprimere un valore personalistico all'autonomia contrattuale rispetto a quello mercantile, ponendo definitivamente il problema del bilanciamento degli interessi anche nella prospettiva civilistica<sup>285</sup>.

Il problema della sostenibilità economica del costo dei diritti<sup>286</sup> si andrà specularmente ponendo alla luce di criticità sempre più pressanti, conseguenti alla ciclicità delle crisi economiche che investiranno un mercato sempre più globale<sup>287</sup>.

---

<sup>282</sup> Cfr. LEIBLE S., *Fundamental Freedoms and European Contract Law*, in GRUNDMANN S. (cur.), *Constitutional Values and European Contract Law*, Alphen aan den Rijn, 2008, 66.

<sup>283</sup> NAVARRETTA E., *Costituzione, Europa e diritto privato, Effettività e Drittwirkung ripensando alla complessità giuridica*, cit., 31 ss.

<sup>284</sup> MAUGERI M.-ZOPPINI A. (cur.), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2010.

<sup>285</sup> NAVARRETTA E., *Costituzione, Europa e diritto privato, Effettività e Drittwirkung ripensando alla complessità giuridica*, cit., 62 ss.

<sup>286</sup> NAVARRETTA E., *L'evoluzione della libertà contrattuale tra ideologie e principi*, cit., 630.

<sup>287</sup> FERRI G.B., *Riflessioni sul diritto privato europeo*, in *Le tutele con-*

La centralità del valore della dignità della persona diviene, poco a poco, il viatico per l'affermazione sempre più netta del principio di non discriminazione per ragioni legate alle qualità personali del contraente<sup>288</sup>, la cui novità consiste nel riferire il relativo divieto non soltanto al contenuto dell'atto, ma al sindacato della stessa scelta che precede la stipulazione del negozio, «immettendo nel circuito dell'esercizio dell'autonomia privata un valore fondante del sistema, quello della dignità umana»<sup>289</sup>, che giustifica l'adozione di un *corpus* di divieti relativi a singole fattispecie (l'offerta al pubblico, il rapporto col pubblico nell'esercizio di un'attività commerciale o professionale, la generica offerta di beni e servizi), aprendo così la strada ad un sempre più diffuso sindacato sulle scelte contrattuali.

Gli interventi sul contratto dettati dall'obiettivo di realizzare una condizione di mercato effettivamente concorrenziale e una reale dimensione di non discriminazione sono gli strumenti che, insieme alla tutela del consumatore, conducono alla definitiva erosione del dogma dell'astratta uguaglianza formale tra le parti ed alla sua sostituzione con il principio dell'uguaglianza in concreto.

È così che nell'ambito della sindacabilità dell'autonomia negoziale si rinnova con forza proprio il tema della giustizia contrattuale<sup>290</sup>, che investe e pervade intrinsecamente la di-

---

*trattuali e il diritto europeo, Scritti in onore di Adolfo Di Majo*, Napoli, 2012, 17.

<sup>288</sup> NAVARRETTA E., *L'evoluzione della libertà contrattuale tra ideologie e principi*, cit., 630 ss.

<sup>289</sup> NAVARRETTA E., *Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 547 ss., in part. 554.

<sup>290</sup> La letteratura giuridica sul tema della giustizia contrattuale è vastissima, cfr. BARCELLONA M., *Clausole generali e giustizia contrattuale*,

namica del rapporto prenegoziale e di quello contrattuale.

Ha suscitato un vivo dibattito la pronuncia del giudice costituzionale tedesco che, fondata sul riconoscimento costituzionale (art. 2, Abs. 1 GG) dell'autonomia come autodeterminazione (*Selbstbestimmung*) del singolo nella vita giuridica, riconosce che la disparità di potere effettivo nella formazione del contratto imputabile a circostanze tipiche o tipizzabili, della quale il contraente forte si sia giovato per imporre all'altro condizioni inusitatamente gravose, è causa di nullità del contratto per contrarietà alle *gute Sitten* o almeno attribuisce al giudice un potere correttivo, con conseguenze differenziate, alla stregua del principio di *Treu und Glauben*<sup>291</sup>.

Il dibattito si sviluppa quindi nuovamente intorno al paradigma della debolezza contrattuale, con riferimento alla quale

---

Torino, 2006; BENEDETTI A.M., *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir. Ann.*, V, Milano, 2012, 370 ss.; CALDERAI V., *Giustizia contrattuale*, in *Enc. dir. Ann.*, VII, 2014, 447 ss.; DI MAJO A., *Giustizia e "materializzazione" nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole di) fattispecie e (regole di) procedura*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 797 ss.; MAZZAMUTO S., *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 601 ss.; ROPPO V., *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?* in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 599 ss.; SACCO R., *Giustizia contrattuale*, in *Dig. disc. priv. sez. civ. Agg.*, VII, Torino, 2012, 534 ss.; SCALISI V., *Giustizia contrattuale e rimedi: fondamento e limiti di un controverso principio*, in NAVARRETTA E. (cur.), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, Milano, 2007, 253 ss.; NAVARRETTA E., *Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 411 ss.; ID., *Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale*, *ivi*, 2016, 1262 ss.; VETTORI G., *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 787 ss.

<sup>291</sup> BVerfG, 19 ottobre 1993, in *JZ*, 1994, 408 cui è seguita la decisione della BVG, 5 agosto 1994, in *NJW*, 1994, 2749, pubblicata in lingua italiana in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, 197 ss., in ordine alle quali si vedano le considerazioni di MENGONI L., *Autonomia provata e costituzione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, 1 ss.

una parte della dottrina avverte il rischio che tali valutazioni finiscano per conferire una sorta di delega al giudice<sup>292</sup>.

Di qui la ritrosia della dottrina civilistica contemporanea verso il moltiplicarsi di limiti e condizionamenti all'esercizio del potere negoziale privato destinati ad esercitare una pressione sul principio dell'autonomia contrattuale in modo da rimettere continuamente in discussione la vincolatività dell'accordo, non potendosi ammettere un nuovo monopolio dell'interprete che, sedotto dal fascino della giustizia del caso concreto, finisca per rimettere costantemente in discussione il contenuto negoziale.

L'idea classica dell'autonomia privata subisce un ulteriore colpo con l'entrata in vigore delle direttive europee di nuova generazione che introducono direttamente il divieto di discriminazione nell'ambito dei rapporti contrattuali<sup>293</sup> che la

---

<sup>292</sup> NAVARRETTA E., *L'evoluzione della libertà contrattuale tra ideologie e principi*, cit., 639.

<sup>293</sup> Si tratta di un pacchetto di direttive emanate dopo la modifica di Amsterdam al Trattato (1997, in vigore dal 1999) che introducendo l'art. 13 (ora art. 19 novellato del Trattato FUE) ha ampliato la competenza dell'Unione facoltizzando il Consiglio ad adottare i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli *handicap*, l'età o le tendenze sessuali. Si ricordano la direttiva n. 2000/43/CE del Consiglio del 29 giugno 2000 che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica; la direttiva n. 2000/78/CE del Consiglio del 27 novembre 2000 che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro; la direttiva n. 2002/73/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 settembre 2002 che modifica la direttiva n. 76/207/CEE del Consiglio relativa all'attuazione della parità di trattamento tra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro; la direttiva n. 2004/113/CE del Consiglio del 13 dicembre 2004 che attua la parità di

dottrina si è impegnata a coniugare con la libertà negoziale nelle relazioni contrattuali poste in essere tra privati <sup>294</sup>.

Né meno rilevante appare, infine, il profilo del controllo dell'autonomia contrattuale nel campo di alcuni contratti (in particolare quelli associativi) sotto il profilo del principio di non discriminazione, che appare minare dal profondo l'assunto di insindacabilità delle scelte negoziali <sup>295</sup>.

Ultima, in ordine di tempo, è l'affermazione dell'abuso del diritto in ambito contrattuale <sup>296</sup> che, nonostante la serrata cri-

---

trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura; la direttiva n. 2006/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 luglio 2006 riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e di impiego, su cui diffusamente BARBERA A. (cur.), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, 2007; LA ROCCA D., *Eguaglianza e libertà contrattuale nel diritto europeo, Le discriminazioni nei rapporti di consumo*, Torino, 2008; FAVILLI C., *La non discriminazione nell'Unione europea*, Bologna, 2008.

<sup>294</sup> NAVARRETTA E., *Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, cit.

<sup>295</sup> SCARSELLI G., *Appunti sulla discriminazione razziale e la sua tutela giurisdizionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 823.

<sup>296</sup> Cfr. Cass., sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106 (sul cd. "caso Renault"), sentenza che ha determinato un amplissimo dibattito nella dottrina civilistica: NIGRO C.A., *Brevi note in tema di abuso del diritto (anche per un tentativo di emancipazione dalla nozione di buona fede)*, in *Giust. civile*, 2010, I, 2547 ss.; MACARIO F., *Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti fra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione*, in *Corr. giur.*, 2009, 1577 ss.; ID., *Abuso del diritto di recedere ad nutum nei contratti tra imprese*, in PAGLIANTINI S. (cur.), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, 2010, 45 ss.; ROMEO C., *Recesso ad nutum e abuso del diritto*, in *Contratti*, 2009, 1009 ss.; PALMIERI A.-PARDOLESI R., *Della serie "a volte ritornano": l'abuso del diritto alla riscossa*, in *Foro it.*, 2010, I, 85 ss.; BARCELLONA M., *Buona fede e abuso del diritto di recesso ad nutum tra autonomia privata e sindacato giuri-*

tica della dottrina<sup>297</sup>, dimostra la tendenza a sottoporre l'esercizio dell'autonomia negoziale ad un sindacato ispirato a principi, che si innesta direttamente nella concretezza delle situazioni, nelle quali si richiede che il potere negoziale sia esercitato secondo paradigmi di accettabilità sociale.

È interessante notare la convergenza tra le diverse esperienze europee ad impostare il tema dell'autonomia contrattuale direttamente nella prospettiva degli interessi materiali che si agitano al di sotto dell'accordo<sup>298</sup>.

---

*sdizionale*, in *Giur. comm.*, 2011, II, 295 ss.; SALERNO F., *Abuso del diritto, buona fede, proporzionalità: i limiti del diritto di recesso in un esempio di jus dicere per principi*, in *Giur. it.*, 2010, 809 ss.; GENTILI A., *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 354 ss.; ORLANDI M., *Contro l'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, 147 ss.; MAUGERI M.R., *Concessione di vendita, recesso e abuso del diritto*, *ibidem*, 69 ss.; RESTIVO C., *Abuso del diritto e autonomia privata. Considerazioni critiche su una sentenza eterodossa*, *ibidem*, 115 ss.; VETTORI G., *L'abuso del diritto*, *ibidem*, 147 ss.; GALGANO F., *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contratto e impresa*, 2011, 311 ss.; RESCIGNO P., *"Forme" singolari di esercizio dell'autonomia collettiva (i concessionari italiani della Renault)*, *ibidem*, 589 ss.; nonché le monografie di MESSINA M., *L'abuso del diritto*, Napoli, 2004; MARTINES M.P., *Teoria e prassi sull'abuso del diritto*, Padova, 2006; RESTIVO C., *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007.

<sup>297</sup> In senso critico v. CASTRONOVO C., *Eclissi del diritto civile*, cit., 8, il quale parla di «giurisprudenza creativa e dottrina remissiva» ed assume che «valori come solidarietà, eguaglianza in senso sostanziale, funzione sociale, tutela della persona si rivelano veri e propri specchi deformanti degli istituti sobri, e quasi ingenui nella loro pretesa coerenza, del diritto civile».

<sup>298</sup> Si vedano le considerazioni di CANARIS C.-W., *Wandlungen des Schuldvertragsrechts. Tendenzen zu seiner «Materialisierung»*, in *AcP*, 2000, 276 ss., riprese in Italia da DI MAJO A., *Giustizia e «materializzazione» nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole di) fattispecie e (regole di) procedura*, in *Eur. e dir. priv.*, 2013, 797 ss.



Una comprensione di fondo del diritto privato che si è sviluppata in Germania a partire dalla Repubblica di Weimar, quando vennero meno i fondamenti costituzionali della proclamata autarchia del diritto privato, concepito come regno della libertà individuale, e si registrò la conversione del contenuto dei diritti fondamentali in un diritto differenziato e concreto<sup>299</sup>.

In definitiva, non sembra più che la concezione dell'autonomia negoziale risulti estranea a valutazioni ispirate a razionalità sociali diverse da quelle tradizionali<sup>300</sup> e, anzi, sia compatibile con valutazioni che esprimono l'aderenza a fini<sup>301</sup> che non paiono così lontani dalla funzionalizzazione del diritto amministrativo<sup>302</sup>.

---

<sup>299</sup> HABERMAS J., *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 5 ed., Frankfurt, 1997.

<sup>300</sup> Basti pensare al dibattito fittissimo sulla causa del contratto e sulla sua idoneità ad assicurare la funzionalizzazione del regolamento negoziale al perseguimento di esiti "giusti": cfr. le sagaci considerazioni di Sacco in SACCO R.-DE NOVA G., *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, I, Torino, 2004, 783 e di NAVARRETTA E., *Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 411 s.

<sup>301</sup> Significativo appare l'orientamento del giudice di legittimità in materia tributaria (Cass., sez. trib., 27 luglio 2011, n. 16431) in ragione del quale l'abuso del diritto in materia tributaria non sussiste quando l'operazione si presenti sorretta da ragioni economiche apprezzabili che giustifichino l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di un beneficio d'imposta e che potrebbero indurre a ritenere non abusiva una condotta negoziale conforme al canone della ragionevolezza.

<sup>302</sup> Come dimostra il passaggio del pubblico impiego dalla giurisdizione amministrativa a quella ordinaria e, in relazione al quale, il sindacato sulla funzionalizzazione dell'attività dell'amministrazione avviene attraverso lo spettro dell'autonomia contrattuale: cfr. PIOGGIA A., *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano, 2004.

### V.3. LA FUNZIONALIZZAZIONE OLTRE LE RAZIONALITÀ CLASSICHE.

Sebbene autonomia ed eterodeterminazione non segnino più i tratti distintivi rispettivamente del diritto privato e di quello pubblico, le riflessioni dei due ambiti disciplinari sono rimaste, per così dire, incomunicabili ed incomunicate.

Ancora può sostenersi, da una parte, che il contratto sia il mezzo attraverso il quale il soggetto può realizzare interessi «propri», ossia interessi che egli stesso sceglie ed individua nell'esercizio della propria autodeterminazione.

Dall'altra parte, si rileva che il soggetto pubblico non è libero di scegliere i propri fini ed obiettivi, per lo meno nello stesso senso in cui lo è invece il soggetto privato nell'esercizio dell'autonomia negoziale, anche perché il soggetto pubblico è sottoposto al principio di legalità, che si traduce nella fissazione eteronoma delle finalità da perseguire<sup>303</sup>.

Siffatta alternativa è all'origine di soluzioni assolutamente insoddisfacenti nella misura in cui si concluda sbrigativamente che, ove l'amministrazione agisca senza l'osservanza delle forme delle regole pubblicistiche, essa operi nell'esercizio di un potere negoziale necessariamente afunzionale e afunzionalizzato.

In una recente pronuncia si è ritenuto che, ove a monte del contratto l'amministrazione non abbia seguito un procedimento amministrativo per la scelta del contraente, essa non può esercitare il potere di autotutela, ma solo il potere negoziale di recesso, in quanto tale non giustificabile in ragione dell'esi-

---

<sup>303</sup> *Ex multis*, MASSERA A., *I contratti*, in *Trattato di diritto amministrativo*, cit., 1556.

genza di porre rimedio alle deviazioni rispetto alla funzione<sup>304</sup>.

La prospettiva del *diritto debole* parte dalla rinuncia della razionalità politica del diritto pubblico che contraddistingue l'approccio volto a ritenere che la funzionalizzazione richieda sempre un intervento eterodeterminativo e al tempo stesso dalla rinuncia alla razionalità economica del diritto privato, intollerante verso forme di funzionalizzazione dell'autonomia negoziale.

La contrapposizione tra razionalità politica e razionalità economica, che è il precipitato della dicotomia tra diritto pubblico e diritto privato, ha dato luogo a ricostruzioni dell'autonomia privata dell'amministrazione attraverso la prospettazione di intrecci tra norme ed istituti o a più drastiche conclusioni di parte della dottrina amministrativistica in merito alla defunzionalizzazione dell'attività amministrativa di diritto privato.

All'opposto, la dottrina civilistica più attenta ai recenti fenomeni della privatizzazione e poi della globalizzazione ha da tempo intravisto la possibilità che il diritto privato sia capace di includere ed esprimere razionalità diverse da quella economica, prospettando quindi ambiti differenziati del diritto privato idonei ad attribuire rilevanza anche ad interessi collettivi<sup>305</sup>.

---

<sup>304</sup> Cass., sez. un., 9 ottobre 2017, n. 23600, in *Foro amm.*, 2018, 5, 764, fattispecie nella quale si afferma la giurisdizione del giudice ordinario con riguardo all'impugnativa della delibera comunale di annullamento, in sede di autotutela, di due pregresse delibere con cui era stato dato corso alla stipulazione di contratti cd. "derivati", sul rilievo che questi ultimi erano stati conclusi all'esito di una trattativa privata e che, pertanto, la delibera di annullamento non appariva diretta a sindacare la legittimità di atti del procedimento amministrativo prodromico alla conclusione dei contratti, ma piuttosto a realizzare una sorta di recesso unilaterale dagli stessi.

<sup>305</sup> TEUBNER G., *Dopo la privatizzazione: il ritorno dei conflitti politici nei private governments*, cit., 143 ss.

La prospettiva qui accolta vuole invece partire dalla neutralità del diritto positivo e dalla constatazione che la funzionalizzazione dell'attività verso un fine pubblico è un elemento essenziale del rapporto amministrativo capace di differenziare l'ambito disciplinare, ma in via autonoma rispetto al diritto pubblico e a quello privato.

Funzionalizzazione che richiede la verifica dell'esercizio dell'autonomia sotto il profilo del rispetto di un fine che può essere indifferentemente pubblico o privato<sup>306</sup> e che quindi va intesa nella sua neutralità: neutralità che non viene meno per effetto del paradigma normativo di riferimento o dei principi che presiedono l'esercizio dell'attività e che, a livello globale, vengono ricavati dalle tradizioni comuni e secondo ordine di concetti che richiamano idee giusnaturalistiche<sup>307</sup>.

Non è il diritto pubblico che si sovrappone al diritto privato, ma non è nemmeno un regime differenziato del diritto privato<sup>308</sup>: è l'ambito disciplinare del rapporto amministrativo, è

---

<sup>306</sup> Sulla condivisibile tesi che l'interesse pubblico possa entrare a far parte del contratto tra amministrazione e privato e non funga più da elemento esterno, cfr. RICCIUTO V.-NERVI A., *Il contratto della pubblica amministrazione*, Napoli, 2009, in part. 157 ss.

<sup>307</sup> Sui principi, ormai affermatasi a livello globale, della *rule of law* e *due process* è dedicata particolare attenzione dalla dottrina del cd. diritto amministrativo globale: cfr. CASSESE S., *I tribunali di Babele*, Roma, 2009; ID., *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, 120 ss.; DELLA CANANEA G., *Al di là dei confini statuali, Principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, 2009; BATTINI S., *I "due grandi dualismi" alla prova del diritto (amministrativo) globale*, cit., 124.

<sup>308</sup> Si è in particolare osservato che «l'interesse pubblico può servirsi del diritto privato ma non può chiedere al diritto privato più di quanto esso può dare e deve accettare del diritto privato ciò che gli è essenziale. Certo la legge dello Stato può sopprimere o modificare, in una o altra sede particolare, anche ciò che nella sede propria ha imperativamente stabilito: ma un uso normativamente distorto degli istituti mortifica il pubblico e il

la posizione che in esso occupa l'amministrazione a porre l'esigenza della funzionalizzazione del rapporto medesimo.

La funzionalizzazione permane a fronte della privatizzazione, ma anche della globalizzazione, ed è proprio in tale ambito, in cui l'assenza di regole generali in grado di governare l'organizzazione e il funzionamento dei poteri dimostrano l'inadeguatezza di concetti, come il vincolo di scopo, e più in generale dell'impostazione pubblicistica, che non sono soddisfacentemente sostituiti dai limitati criteri di funzionalizzazione dell'autonomia privata.

Viene certamente meno anche la separazione tra legalità garanzia, volta alla tutela dei terzi, e legalità indirizzo, intesa come osservanza del vincolo di scopo, poiché ad essere intaccate sono proprio le fonti di indirizzo, di talché soggettività e funzionalità non appaiono più aspetti separabili dell'indagine.

Assai significativo appare l'approccio seguito nella proposta di codificazione dei procedimenti amministrativi dell'Unione Europea, in ragione del quale i limiti funzionali dell'autonomia privata dell'amministrazione sono fatti discendere non dal generico concetto di funzione o da qualche vincolo di scopo, ma direttamente dall'operare del «diritto ad una buona amministrazione» riconosciuto ai privati dalla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea: «even with regard to EU contracts governed by the law of a Member State, the EU authority does not enjoy the contractual freedom (in the sense of the German concept of '*Privatautonomie*') typical of pri-

---

privato, attenua le garanzie, suscita questioni di legittimità costituzionale e nuoce alla coerenza e al prestigio dell'ordinamento giuridico. Non si tratta – neppure nella congiuntura attuale – di difendere gelosamente il privato ma di perseguire, in scelte certamente non facili una effettiva armonia tra privato e pubblico» OPPO G., *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, 25 ss., in part. 41.

vate persons in either the award procedure or during the execution of the contract: the EU authority is bound by the right to good administration which finds its expression, inter alia, in article 41 CFR»<sup>309</sup>.

Soggettività e funzionalizzazione dell'attività amministrativa convergono nella multipolarità e politomia del rapporto amministrativo, in cui la relazione tra privato e amministrazione e la relazione tra amministrazione e la fonte del vincolo funzionale costituiscono un contesto unitario, senza che tale rapporto possa essere considerato la semplice sommatoria di rapporti bilaterali<sup>310</sup>.

Volendo rappresentare graficamente il concetto esposto, può immaginarsi una linea che unisce due punti nello spazio, rispettivamente indicanti il privato e l'amministrazione, e che nel punto indicativo dell'amministrazione confluisca un'altra linea che rappresenta il rapporto tra l'amministrazione precedente e l'organo di indirizzo politico: entrambe le relazioni fanno parte del rapporto amministrativo, con la conseguenza

---

<sup>309</sup> *ReNEUAL Model Rules on EU Administrative Procedure*, Libro IV, rn. 24 sul quale cfr. DELLA CANANEA G.-GALETTA D.U. (cur.), *Codice ReNEUAL del procedimento amministrativo dell'Unione Europea*, Napoli, 2016, 129.

<sup>310</sup> Il rapporto giuridico può essere “bipolare” o, più frequentemente, “multipolare”: solo la considerazione del rapporto giuridico quale esso appare nella realtà esclude che la complessità delle relazioni nei moderni sistemi sociali si traduca nella mera sommatoria di rapporti bilaterali. Proprio la complessità dell'ordinamento giuridico comporta, per effetto dell'intreccio delle imputabilità soggettive, che il rapporto giuridico possa essere “politomo”, ossia che i soggetti di un rapporto possano costituire soggetti intermedi di altri rapporti giuridici: ciò dipende dalla complessità dei rapporti che possono venire ad instaurarsi, di talché un rapporto organizzativo interno può assumere rilevanza all'esterno nel rapporto tra l'amministrazione e il cittadino (ACHTERBERG N., *Die Rechtsordnung als Rechtsverhältnisordnung*, cit., 42).

che la posizione del privato è condizionata anche dal rapporto che esprime l'incidenza dell'attività di indirizzo politico-amministrativo sul singolo procedimento, ma al tempo stesso la funzionalizzazione dell'agire amministrativo è condizionata dal rapporto tra amministrazione ed individuo.

Peraltro, a fronte dell'assenza o del venire meno della coerenza delle regole organizzative sui poteri, che caratterizza massimamente la globalizzazione, la vigenza istituzionale dei diritti fondamentali dell'individuo tende a diventare il principale elemento funzionalizzante dei nuovi ma anche dei vecchi poteri, di quelli pubblici come di quelli privati, senza che autonomia e eterodeterminazione possano essere più utilizzati come fattori distintivi<sup>311</sup>.

L'interesse pubblico entra quindi a far parte del rapporto amministrativo non in quanto elemento eterodeterminato ed eterodeterminante, ma quale criterio ordinatore dell'ambito disciplinare in grado di funzionalizzare l'attività per effetto dell'operare di principi, anche di carattere procedimentale<sup>312</sup>,

---

<sup>311</sup> Come lucidamente rilevato da BRECCIA U., *Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, in *Pol. dir.*, 2006, 361 ss., «Il nesso fra la garanzia dei diritti e la concezione dei medesimi quali finalità immanenti la dinamica istituzionale, ha imposto ai giuristi (almeno nelle tradizioni giuridiche liberali e democratiche, che sono comuni allo nostra attuale) un riesame dell'articolata completezza di tutte le manifestazioni di autonomia (pubblica e privata, individuale e collettiva)».

<sup>312</sup> Come rileva D'ALBERTI M., *Diritto amministrativo e principi generali*, in D'ALBERTI M. (cur.), *Le nuove mete del diritto amministrativo*, cit., 67 ss., «Il potenziamento dei diritti grazie ai principi non è affidato alle proclamazioni normative – costituzionali o legislative – ma riposa su una solida revisione dei rapporti fra amministrazioni pubbliche e amministrati che muove dalla soluzione data dal giudice a problemi concreti. Ciò sempre in un contesto in cui il giudice, l'interprete, l'applicatore, ricava i principi dall'ordinamento vigente, nazionale e ultranazionale, e non al di là di esso. In tal modo, l'uso dei principi contribuisce a superare i pericoli

che acquistano cogenza per effetto diretto della soggettività della relazione tra le amministrazioni e tra queste e i privati<sup>313</sup>.

---

del «diritto libero», sia le strettoie del «positivismo legalista» e statalista, a favore di un diritto positivo di ben più ampia portata e basato su intersezioni giuridiche fra dimensioni nazionali ed ultrastatali» (91).

<sup>313</sup> Sul «collegamento relazione» come concetto giuridico idoneo a riflettere la nuova complessità del diritto, cfr. TEUBNER G., *Rechtswissenschaft und- praxis im Kontext der Sozialtheorie*, in GRUNDMANN S.-THIESSEN J. (cur.), *Recht und Sozialtheorie im Rechtsvergleich: Interdisziplinäres Denken in Rechtswissenschaft und- praxis*, Tübingen, 2015, 145 ss.







Finito di stampare nel mese di dicembre 2019  
nella LegoDigit s.r.l. – Via Galileo Galilei, 15/1  
38015 Lavis (TN)

